Qué son
LA CONSTITUCION Y EL PROCESO CONSTITUYENTE

Ignacio de Otto y Pardo



Biblioteca de Divulgación Política

Editorial La Gaya Ciencia

1977





Biblioteca de Divulgación Política

dirigida y realizada por

Rosa Regás
Oriol Regás

Diseño de la colección e ilustración de las cubiertas

Enric Satué

Coordinación de la parte gráfica:

China Biosca y
Anna Omedes

Fotos: «Historia Mundial del Siglo XX», Edit. Vergara, 1972; «Don Manuel Azaña Díaz», Emiliano Aguado, Edit. Nauta, 1972; «España 1808-1939», Raymond Carr, Edit. Ariel, 1970; «España en llamas, 1936», B. Gil Mugarza, Edit. Acervo, 1969; «Historia Ilustrada de la Guerra Civil Española», Ricardo de la Cierva, Edit. Danae, 1976, T. I y II; Diccionario Salvat Universal, 1969; «Nueva Historia Universal», Marín, 1969, Vol. 5; Archivo de La Gaya Ciencia.

Fotocromos: **Cromoarte, S. A.**

Impresión, **Gráficas Europeas, S. A.**
Botánica s/n. Hospitalet, Barcelona

Dep. legal B. 6.910-77

ISBN-84-7080-989-X

Distribución para toda España,

Distribuciones de Enlace,
Ausias March, 49. 245 54 23. Barcelona

I N D I C E



I. INTRODUCCIÓN

Los términos básicos del debate político: reforma y ruptura, leyes fundamentales y Constitución.

El análisis de los conceptos de Constitución y de proceso constituyente debe tomar como punto de partida un problema de inmediata actualidad: el tránsito desde el régimen nacido de la Guerra Civil a otro en mayor o menor medida distinto. Hay que advertir desde ahora que esta exposición no se va a centrar exclusivamente en este concreto fenómeno del presente político español, no va a ser un análisis del mismo, sino de una serie de conceptos generales para comprenderlo mejor. Pero el fenómeno del tránsito, además de ser el motivo de que estos conceptos puedan tener hoy un interés inmediato y práctico, y no solamente científico y académico, va a ser también el término de referencia y comparación a partir del cual esos mismos conceptos resultarán más claros.

Es evidente que el fenómeno del tránsito de un régimen a otro presenta como principal problema el de si ese régimen será muy diferente del anterior, muy «otro», o simplemente una versión corregida del que existía antes. Pero esta es una cuestión que aquí hay que dejar de lado, entre otras cosas porque quizá no existen aún todos los elementos necesarios para darle una respuesta cabal. En lugar de tomar como término de referencia ese punto vamos a utili-

zar otro que guarda una íntima relación con él: se trata del problema del modo de llevar a cabo ese tránsito, modo que evidentemente condicionará el resultado final al que se llegue.

Respecto de este punto han existido dos posturas básicas enfrentadas, la de la reforma y la de la ruptura, cada una de las cuales supone una distinta versión del procedimiento y, por tanto, del resultado final. Ciertamente estas dos posturas han sido sometidas a múltiples matizaciones y variaciones sucesivas, e incluso puede decirse que la tesis de la ruptura ha sufrido, y sufrirá, tales modificaciones que, en realidad, su formulación actual ya no se parece a la inicial más que en el nombre, y a veces ni siquiera en eso. Pero de lo que se trata aquí es de su contenido esencial y, sobre todo, de las dos fórmulas jurídicas que se emplean para designar el modo de llevar a cabo el tránsito de un régimen a otro, más o menos distinto. Para la reforma, este tránsito se concreta en una **ley para la reforma política,** mientras que la ruptura ha tenido como exigencia central la del **proceso constituyente.** A esto hay que añadir, como dato de interés, que la ley para la reforma política contiene una serie de normas relativas a la reforma constitucional.

Con esto nos vienen dados ya los dos objetos básicos de este análisis. El primero de ellos es la oposición entre la reforma y el proceso constituyente, en el cual, según veremos, no se reforma una constitución existente, sino que se crea una nueva que ya no guarda ninguna relación con la anterior. La diferencia, sin embargo, no se acaba en esto, sino que existe otra, quizá más importante, que constituye el segundo problema: la diferencia entre **leyes fundamentales** y **constitución.**

Observadas las cosas con atención, no se trata tan sólo de que una postura quiera reformar la constitución y la otra quiera sustituir la constitución exis-

tente por otra nueva. En realidad la segunda posición, ruptura y proceso constituyente, no pretende exactamente sustituir una constitución por otra, ocupar con una nueva constitución el espacio que antes había ocupado otra, sino que más bien considera que antes no había constitución de ningún género, que es necesario crear una constitución donde no había constitución alguna. Dicho en otros términos, no se afirma solamente que hay unas leyes que es necesario cambiar por otras, sino que se matiza en el sentido de que estas leyes nuevas serán una constitución y las derogadas, en cambio, no merecen tal nombre. Se trata de pasar de un régimen sin constitución a un régimen constitucional.

En cierto sentido se puede decir que la postura opuesta, la de la reforma, viene a estar de acuerdo en este punto. Los propios términos en que se expresa revelan que en realidad no se parte de la existencia de una constitución, para luego reformarla. Se habla tan sólo de reforma política, de ley para la reforma política, y la expresión reforma constitucional sólo aparece dentro de esa ley, lo cual quiere decir, en términos rigurosos, que sólo cabrá hablar de **reforma constitucional** cuando haya entrado en vigor la ley para la **reforma política.** Es más, las propias leyes a las que afecta esa reforma política no contienen ni una sola vez la palabra constitución, sino que se denominan expresamente leyes fundamentales. Podríamos decir, por tanto, que la postura reformista viene a reconocer de algún modo que no existe aún una constitución, y que sólo será posible hablar de reforma constitucional cuando haya entrado en vigor la ley que reforma las leyes fundamentales. Sólo a partir de entonces cabrá hablar de constitución y, por tanto, de reforma constitucional.

Lo dicho hasta aquí nos indica que es necesario establecer una distinción entre constitución y leyes fundamentales. Pero para captar cuál es esta dife-

rencia es necesario tener en cuenta que ambos términos pueden ser utilizados también como equivalentes, y que lo son con frecuencia. Así, en la República Federal Alemana se llama ley fundamental a una ley de contenido similar al de las leyes que en otros países se denominan constitución. En este caso concreto el uso del término «ley fundamental» no se debe a razones ideológicas y de contenido, sino al hecho de que la ley fue promulgada, en 1949, como estatuto para un Estado provisional, en espera de la reunificación de Alemania, y el término constitución se reservaba para la ley de ese Estado, ya definitivo.

Ley fundamental y constitución, por tanto, coinciden al mismo tiempo que se diferencian. Para decirlo de modo breve: una y otra regulan una misma materia, el orden político fundamental, pero la constitución se distingue de la simple ley fundamental en que regula esa materia de un modo peculiar. Tanto la ley fundamental como la constitución establecen unos órganos estatales, unos poderes, regulan sus funciones, su composición y funcionamiento, y determinan también cuáles son los derechos de los ciudadanos frente a esos poderes, es decir, qué aspectos de la vida de los ciudadanos no podrán ser afectados por ellos y qué posibilidades tienen los ciudadanos de intervenir en su funcionamiento. En este sentido todas las leyes que regulan estas materias pueden ser denominadas leyes fundamentales o, para mayor precisión, leyes políticas fundamentales. Dentro de estas leyes políticas fundamentales se reserva el nombre de constitución, en sentido estricto, para aquella ley en la cual los poderes del Estado se organizan de tal modo que se limitan y controlan unos a otros y, además, se reconoce y garantiza la libertad de los ciudadanos.



II. LA CONSTITUCIÓN COMO LEY POLÍTICA FUNDAMENTAL

1. **Constitución y realidad política.**

Empecemos por considerar la constitución desde el punto de vista más general, como ley política fundamental, prescindiendo por el momento de los criterios con los que se regula el orden político fundamental. Dentro de este primer aspecto del problema, la cuestión básica es la de determinar en qué medida la constitución contribuye realmente a configurar un orden político fundamental o, si se formula la cuestión a la inversa, en qué medida y hasta qué punto el orden político fundamental está configurado por la constitución.

En realidad se trata tan sólo de la aplicación al terreno político de una cuestión más general: la de la relación entre ley y realidad, entre norma y hecho. Y éste es un problema que no ocupa únicamente a la ciencia, sino que está muy presente en la opinión pública y que da lugar en ella a una visión no muy optimista, a una extendida desconfianza en el valor y eficacia real de las normas jurídicas. Esta desconfianza es, si cabe, mayor aún en el caso de la constitución: ésta intenta regular nada menos que la conducta de quienes tienen poder político y, por tanto, mayores posibilidades de actuar al margen de la ley e incluso frente a ella.

Empecemos por reconocer que esta opinión vulgar tiene buenos fundamentos en que apoyarse, y que el

orden político fundamental existente en la realidad no coincide por completo con el que la constitución prevé, e incluso en ocasiones se aparta notablemente de ella. Y no se trata tan sólo de aquellos casos en los que se da una manifiesta ilegalidad, como ocurre en el momento actual con la mayor parte de los partidos políticos españoles, que son un elemento de capital importancia en el orden político realmente existente y, sin embargo, están por completo fuera de la ley. No se trata solamente de la ilegalidad de las fuerzas políticas contrarias al régimen previsto en las leyes fundamentales, sino de que la divergencia entre ley y realidad se da también respecto de los propios poderes del régimen. El propio funcionamiento real de estos poderes parece no estar determinado tan sólo por la ley. Por citar el ejemplo más evidente, el papel del Consejo del Reino en el nombramiento del Presidente del Gobierno no es el mismo en la actualidad que en la época anterior a la muerte de Franco, a pesar de no haber cambiado las leyes que regulan ese papel, y lo mismo se podría decir de las Cortes o del Presidente del Gobierno. Aún sin haber variado las leyes, esos poderes, su funcionamiento real, han variado: la realidad del aparato organizativo del régimen ya no es la misma.

Ahora bien, es necesario hacer una primera observación, implícita en los ejemplos anteriores: estas variaciones en la realidad política no suponen necesariamente y en cualquier caso la violación de la legalidad. En el ejemplo utilizado, esta violación se da en cuanto a los partidos políticos, pero no en cuanto a los poderes del Estado. Ha cambiado su funcionamiento real, pero esto no significa que antes funcionaran contra la ley y ahora de acuerdo con ella, ni tampoco lo contrario, sino que tanto antes como ahora actúan legalmente, lo que significa que dentro de la misma ley caben dos comportamientos distintos, dos realidades diferentes, ambas legales.

Esto podría llevarnos a dar poco valor a la ley constitucional como elemento configurador de la realidad política, desde el momento en que ésta puede cambiar sin contradecir aquélla. Pero inmediatamente nos encontramos con otro hecho que parece apuntar en un sentido contrario: la pretensión de un cambio político, de la realidad política, va acompañada de la pretensión de un cambio de las leyes políticas fundamentales, incluso en el supuesto de que ese cambio no tenga más objetivo que una reforma constitucional que no altere sustancialmente la realidad política presente. De aquí cabe deducir que la ley constitucional no es tan irrelevante como podría pensarse a partir de los datos anteriores. Si lo fuera, cambiarla resultaría un ejercicio inútil.

Estas consideraciones nos ofrecen ya los dos puntos extremos del problema: la irrelevancia de la ley para la realidad política, que puede cambiar sin contradecir a aquélla, y la relevancia que se atribuye a la ley cuando al pretender un cambio en la realidad se pretende también que cambie aquélla. Y si ambos extremos son correctos es que la opinión vulgar que aquí sirve de punto de partida no lo es, o, por lo menos, no responde a todos los aspectos de la cuestión. Esto se debe a que esa opinión, y algunas opiniones científicas emparentadas con ella, nacen de un planteamiento inadecuado del problema. Dicho brevemente, la cuestión no es en qué medida el orden político fundamental se acomoda a la constitución, sino en qué sentido puede decirse que la constitución regula ese orden político fundamental, hasta qué punto pretende afectarlo, a qué aspectos del mismo se refiere y cuáles son los que necesariamente quedan al margen.

2. **Orden político y orden constitucional.**

Lo que aquí se llama orden político fundamental

está integrado por una serie de elementos que cabe agrupar en torno a tres puntos fundamentales: quién manda, cómo manda, para qué manda. En el primer punto, **quién,** se incluye todo lo relativo a las fuerzas sociales y políticas que ostentan un papel dominante en ese orden; en el segundo, **cómo,** se encuentra lo relativo a los procedimientos, por ejemplo al mayor o menor uso de la represión, la búsqueda de algún modo de entendimiento con las restantes fuerzas, el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos y grupos, etc.; y en el tercer punto, **para qué,** se incluye lo referente a los objetivos generales que se persiguen, al margen de los objetivos parciales subordinados a ellos, esto es, el para qué se refiere a cuestiones como el orden económico y social, capitalista o socialista, la conservación, transformación o revolución de la estructura económica y social, etc.

Este conjunto de elementos integran una realidad, y a esa realidad se refiere, sin duda, la constitución. Pero lo hace de un modo especial, que consiste en determinar cómo puede ser y cómo no puede ser, pero no cómo efectivamente es. Dicho de otra forma, la constitución no configura una concreta realidad, un orden político fundamental concreto, sino que establece un marco legal, constitucional, más o menos amplio, dentro del cual es posible ese orden y fuera del cual se entra en la ilegalidad. Dentro de ese orden legal, y según la mayor o menor amplitud del mismo, resultan posibles, es decir, legales, diversos órdenes políticos fundamentales, diversas respuestas respecto al quién, al cómo y al para qué. Todo esto se puede expresar con una fórmula breve diciendo que la constitución **no establece** un orden político fundamental, sino que lo **regula,** pone las reglas dentro de las cuales debe establecerse el orden político fundamental. El orden político concreto no es establecido **por** la constitución, sino **en** el marco jurídico que traza la constitución. El orden constitucional, ese marco

jurídico, no es idéntico al orden político fundamental.

Veamos este asunto más detenidamente y, para hacerlo, consideremos un aspecto hasta ahora pasado por alto. Hasta aquí hemos visto que el orden político fundamental es la respuesta a las cuestiones de quién manda, cómo lo hace y para qué. Pero ahora conviene indicar que la respuesta a cada una de estas tres preguntas puede situarse en planos muy distintos. Cuando se pregunta quién manda, se puede contestar diciendo que lo hace el Gobierno, o el Parlamento, o el Presidente, o el Jefe del Estado, según los casos, o bien diciendo que manda este o aquel partido o conjunto de partidos o, por último, esta o aquella clase social. No se trata de respuestas que se excluyan mutuamente, sino de respuestas que se mueven en distintos planos y que se complementan entre sí. En el primer plano la respuesta se refiere a los órganos del Estado, en el segundo a las fuerzas políticas y en el tercero a las fuerzas sociales, de modo que cabe decir simultáneamente que, por ejemplo, manda el Parlamento, en el que dominan tales partidos que están unidos a tales fuerzas sociales.

La constitución no incide de igual modo sobre estos tres planos de la respuesta, sino que lo hace de modo más intenso en el primero, menos en el segundo y mucho menos, e indirectamente, en el tercero. La constitución puede establecer unas normas que atribuyan la supremacía al Parlamento, y puede también determinar qué requisitos han de cumplir las fuerzas políticas en presencia, y cómo se organizan los procedimientos mediante los cuales compiten entre sí para llegar al poder. Esto influirá decisivamente sobre el número y características de las fuerzas políticas en presencia y determinará qué sectores se encuentran en la legalidad y cuáles fuera de ella. Pero el panorama real de los partidos políticos estará determinado, sobre todo, por elementos que escapan a la constitución, por ejemplo la estructuración de

las clases sociales, sus antagonismos, la existencia o inexistencia de problemas raciales, nacionales, religiosos, etc.

La constitución, por tanto, establece un marco jurídico cuya influencia varía según el plano en el que se sitúe la respuesta a las cuestiones del quién, el cómo y el para qué. Y a esto hay que añadir que el grado de determinación constitucional varía según cada una de estas respuestas.

En cuanto al primer punto, el **quién,** la constitución establece normas relativas a los poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial, a las relaciones entre ellos y a los procedimientos de designación de las personas que han de ejercer esos poderes del Estado, no a las fuerzas políticas y sociales. Para decirlo más exactamente, la constitución establece los órganos del Estado a través de los cuales las fuerzas políticas y, a través de ellas, las fuerzas sociales, pueden transformar sus proyectos en normas obligatorias para todos. La naturaleza de las fuerzas que estarán en situación de conseguir esos objetivos resulta, sin duda, afectada por la constitución, pero sólo de modo indirecto, en cuanto ésta establece el procedimiento de designación de los titulares del poder, de los gobernantes, el derecho de asociación de los ciudadanos, las posibilidades de la propaganda política y, en esta regulación, puede ampliar o reducir la concurrencia de grupos o incluso suprimir alguno de ellos.

También dentro de este tema hay que tener en cuenta, además, que ni siquiera en la organización del poder del Estado la constitución es el único elemento determinante. La constitución puede establecer, por ejemplo que el Gobierno debe rendir cuentas al Parlamento, y que éste decide sobre el nombramiento y la dimisión de aquél. Pero el significado real de estas atribuciones es muy distinto según que en el Parlamento existan muchos partidos o sola-

mente dos. En el primer caso se formarán mayorías heterogéneas y menos estables, que pueden romperse con facilidad y arrastrar la caída del Gobierno. En el segundo caso habrá una mayoría integrada por un solo partido y estrechamente ligada al Gobierno, incluso subordinada a él. Se trata de dos sistemas de gobierno distintos, el parlamentario puro y el de gabinete, posibles ambos sin que varíen las normas constitucionales.

En lo que se refiere a la segunda cuestión, al **cómo,** la constitución establece una serie de normas relativas a los procedimientos de actuación de los poderes del Estado; por ejemplo, en qué caso intervendrán los tribunales y cómo lo harán, y una serie de derechos de los ciudadanos, siquiera sean mínimos, que son al mismo tiempo criterios para el funcionamiento de los poderes del Estado, por cuanto estos deben respetarlos. Pero al hablar del cómo no se trata sólo de los derechos reconocidos por la ley, ni siquiera de los derechos efectivamente respetados, sino de las relaciones reales creadas en uso de los mismos, y esto último depende de cuáles son los poderes sociales que hacen tal uso y de cuál es su orientación. La medida en que un gobierno se verá obligado en su actuación a tener en cuenta determinadas opiniones de otros grupos depende, sin duda, de que tal opinión tenga o no tenga libertad para expresarse, pero depende también, y mucho más, de cuál sea su extensión y apoyo social. Así, por ejemplo, que la izquierda esté unida o desunida es un elemento de capital importancia en la actuación de los poderes del Estado, tanto de aquellos en los que está presente, como de los que están aún fuera de su alcance. Y, sin embargo, la unión o desunión de este tipo de fuerzas, aunque puede ser favorecida o dificultada por la constitución, depende de otros muchos factores que la constitución no regula ni determina. En términos más generales, una misma consti-

tución puede dar lugar en períodos sucesivos a una multiplicidad de partidos, que obligue a proceder mediante complejas negociaciones, y a una posterior simplificación del panorama político que introduzca otros modos de actuación.

En cuanto al tercer punto, el **para qué,** constituye, sin duda, uno de los aspectos más problemáticos de la teoría constitucional y política. Aquí está implicado nada menos que el problema del tránsito al socialismo por vía pacífica, ya que este tránsito no será posible si resulta que la constitución establece, como fines de los gobernantes, principios contrarios a ese orden. Lo cierto es que las constituciones no suelen contener normas relativas a los fines, y las que contienen son de un valor muy reducido. Algunas de estas normas tienen forma negativa, por ejemplo, en el supuesto de que se establezca una protección absoluta de la propiedad privada con prohibición de expropiaciones. En tal caso es evidente que el socialismo resultaría imposible, pero tales normas resultan cada vez más infrecuentes, ya que la expropiación se hace necesaria por razones de servicio público o por razones económicas de otra índole. Otras normas tienen un carácter positivo, como las que establecen como principio la libertad de comercio, o la protección al trabajo, o la justicia social. Pero aquí nos encontramos con que estas normas admiten múltiples interpretaciones y, en algunos casos, son tan vagas que a base de decirlo todo no dicen nada. Así, el principio de libertad de comercio no es incompatible con las múltiples reglamentaciones que el Estado establece en este terreno y, en cuanto a la justicia social, puede significar desde la mera fijación de un salario mínimo hasta la abolición pura y simple del sistema económico capitalista. La posibilidad o imposibilidad de perseguir determinados fines, incluso una total transformación de la sociedad, depende más bien del sistema político existente, y las normas

constitucionales contienen un marco muy amplio a este respecto.

Esta distinta naturaleza del orden constitucional y del orden político se manifiesta incluso en la sistemática interna de la constitución. Mientras que las cuestiones básicas del orden político son el quién, el cómo y el para qué, y los tres planos de la respuesta son el organizativo-estatal, el de las fuerzas políticas y el de las fuerzas sociales, la constitución no obedece a ninguno de estos criterios. En ella se suelen distinguir dos partes: la **orgánica**, relativa a la organización del Estado, y otra llamada **dogmática**, en la que se contienen las declaraciones generales y los derechos de los ciudadanos. Cada una de estas partes puede afectar a cualquiera de las tres cuestiones antes señaladas y a cualquiera de los tres planos de su respuesta. La parte orgánica afecta al quién, evidentemente, primero en el plano de la organización del Estado, pero también en el de las fuerzas políticas, aquí de manera indirecta, y lo hace sobre todo al determinar la existencia o inexistencia de un dato básico: las elecciones. Pero no afecta sólo a la cuestión del quién, sino también a la del cómo, ya que contiene normas que regulan los procedimientos de actuación de los poderes del Estado. Y lo mismo se puede decir de los derechos contenidos en la parte dogmática. Por una parte afectan al quién, a las fuerzas políticas, por ejemplo a través del reconocimiento, o negación, del derecho de asociación política. Pero afectan también al cómo, ya que los derechos de los ciudadanos son límites para la actuación de los poderes del Estado, y, por último, pueden afectar al para qué, como en el caso ya citado de protección de la propiedad privada o de la libertad de comercio, si bien en este punto hay que insistir en que las normas constitucionales establecen un marco muy amplio e indeterminado.

De todo lo dicho hasta aquí se desprende una

doble consecuencia. En primer lugar, el orden político fundamental no está determinado tan sólo por la constitución, sino también por una serie de elementos de hecho que están fuera del alcance de ésta. La constitución, por su parte, no configura un concreto orden político, sino un marco legal en el que pueden concretarse diferentes órdenes políticos fundamentales. Lo único que la constitución **establece** es un orden jurídico, un conjunto de normas que **regulan** el orden político real. Pero no establece un orden político, sino que éste, en su forma concreta, es establecido por un conjunto de factores más amplio que la constitución.

3. La constitución como garantía de alternativas políticas.

Este primer aspecto del análisis supone llevar hasta el extremo uno de los polos de la relación entre constitución y realidad política, el de la relativa irrelevancia de aquella para ésta. Por las razones que se verán después era necesario insistir en este aspecto del problema, incluso corriendo el riesgo de que pueda pensarse que la constitución es algo superfluo, ya que dentro de ella caben diversos órdenes políticos. Ahora, tras acentuar esta faceta, es necesario pasar a la otra, la de la importancia política de la constitución, pero esto no se hará argumentando desde un punto de vista opuesto al anterior, sino precisamente desde ese mismo, desde la distancia entre constitución y realidad política en que se acaba de insistir.

En efecto, la importancia política de la constitución nace precisamente de que en ella no se establece **un** orden político concreto, sino el marco jurídico en el que son posibles diversos órdenes políticos. Luchar por la creación de una constitución es luchar por el reconocimiento de la posibilidad legal de configurar un orden político distinto del existente, es

luchar por la legalización de otros órdenes políticos alternativos. Desde este punto de vista, la lucha por la constitución en la España de hoy tiene pleno sentido, aún cuando bajo esa constitución no se produzca, al menos inmediatamente, un cambio en las fuerzas dominantes ni en sus proyectos respecto de la sociedad española. Tiene pleno sentido porque la constitución significa hacer legalmente posible un cambio en el quién, en el cómo y en el para qué, aunque la constitución no provoque por sí misma ese cambio, o no lo provoque en relación a las tres cuestiones y a sus tres planos de respuesta.

Sin embargo, la idea de que la constitución no establece un concreto orden político fundamental, sino el marco en el que son posibles varios, requiere ciertas precisiones para evitar que sea interpretada erróneamente.

La principal precisión a hacer se refiere al sentido de la expresión «varios órdenes políticos». Lo que aquí se indica es que la constitución hace posible **otro** u **otros** órdenes políticos, distintos del que existe, pero no que haga posible un orden **cualquiera.** Para decirlo más exactamente, lo que se afirma es que la constitución no establece **este** orden político, sino el marco en el que son posibles **éste** y **otros,** pero no otros cualesquiera. La cuestión a examinar ahora es la de la amplitud de posibilidades que entran dentro de la constitución.

A este respecto es evidente que la **mayor o menor** amplitud depende del contenido de la constitución. El supuesto más claro es aquél en el cual la constitución ha sido elaborada por un conglomerado muy amplio de fuerzas políticas, que llegan a un acuerdo respecto de las normas del juego. Este es el caso de las constituciones democráticas. La participación amplia en la elaboración de éstas se refleja en el reconocimiento de las posibilidades de actuación de las diversas fuerzas en presencia, en el aseguramiento

de sus derechos, en la configuración de los poderes del Estado de modo que, en principio, estén al alcance de cualquier conglomerado de fuerzas políticas que obtenga la mayoría requerida para realizar, a través de esos poderes estatales, su proyecto de organización de la sociedad. La constitución se limita aquí a fijar unos procedimientos dentro de los cuales pueden actuar muy diversas fuerzas políticas con muy diversas finalidades. La idea de la posibilidad de otro orden se aproxima a la de la posibilidad de cualquier otro orden. En esta constitución democrática se piensa cuando se trata de la posibilidad del tránsito al socialismo en la legalidad. Y a este tipo de constitución se dirige la lucha política en la España de hoy: conseguir esa constitución democrática no significará aún conseguir el orden político democrático, proceso muy complejo que requiere la organización de nuevas fuerzas políticas, la movilización de fuerzas sociales, etc., sino conseguir la posibilidad de ese orden, la legalización de los instrumentos y procedimientos necesarios para lograrlo.

El carácter democrático de la constitución determina, por tanto, una mayor amplitud de posibilidades constitucionales de configurar un orden político distinto del existente. Pero esta afirmación se refiere sólo a las constituciones democráticas, y lo más importante de la constitución es que la posibilidad, siquiera sea mínima, se da en cualquier caso, cualquiera que sea el contenido de la constitución: también en el caso de las constituciones autoritarias, que no resultan de un pacto entre diversas fuerzas, sino que son imposición unilateral de un grupo sobre los demás, como ocurre con las leyes fundamentales españolas. Ciertamente el ámbito de lo posible será muy estrecho, pero sigue existiendo. Porque la posibilidad de la alternativa deriva del hecho de que en ningún caso se da una coincidencia absoluta entre constitución y orden político fundamental concreto.

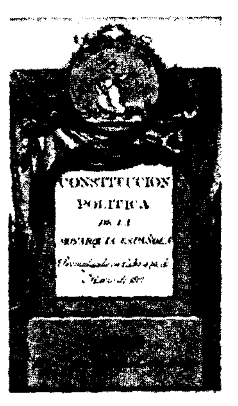
Parece lógico que las constituciones de este tipo, al derivar de un poder omnímodo, que procede autoritariamente, no sean más que la formulación jurídica de este poder omnímodo, su consagración legal. En cualquier caso, ésta es efectivamente la finalidad que persiguen quienes elaboran este tipo de constituciones. Y sin embargo, con el solo hecho de dar forma jurídica a su poder omnímodo, éste resulta ya limitado y, por tanto, en el plano constitucional el poder resulta no ser tan omnímodo como ocurre en la realidad política. La constitución legaliza así la posibilidad de un orden político distinto del existente, por más que la diferencia sea muy reducida. Y para mostrar que no se trata aquí de una mera especulación teórica baste citar un dato de la realidad, sobre el que se volverá inmediatamente: los regímenes fascistas huyen cuanto pueden de la constitucionalización, a pesar de que de hecho el grupo en el poder podría elaborarla sin necesidad de pactar con ninguna otra fuerza política.

Examinar en profundidad este fenómeno exigiría un análisis de cuestiones jurídicas que aquí no es posible. Pero sí es necesario hacer una referencia muy breve al tema. En esencia, la explicación del fenómeno radica en que el carácter de ley que tiene la constitución implica, entre otras cosas, la prescripción anticipada respecto de actos futuros. Quien se da una ley a sí mismo se obliga a seguir actuando con arreglo a esa ley y, por tanto, pierde la libertad de realizar cada acto como mejor le convenga, como le dicten los intereses o las circunstancias del momento. Además, al delimitar el ámbito y la forma de la propia actividad se señala también negativamente cuál puede ser la actividad de los demás. Aunque la ley no haya sido pactada, con ella se viene a adquirir un compromiso que deriva de su propio carácter de ley. Es evidente que puede faltar todo procedimiento para exigir que quien dio la ley se acomode luego a

ella, pero también es evidente el descrédito que supone para un gobernante el apartarse de sus propias leyes, sobre todo cuando su instrumento de gobierno son precisamente las leyes, que exige que todos acaten. Por otra parte, está claro que el gobernante dotado de poderes absolutos podría cambiar, siempre que le conviniera, la ley que regula sus propios actos, para que tales actos resultaran siempre legales. Pero no hace falta insistir en que esto le desacreditaría tanto como la violación constante de la ley. La única salida razonable de este dilema es no comprometerse a nada, no informar previamente sobre cómo serán los propios actos. Esto es, no darse una ley, ni siquiera absolutamente propia, no pactada con nadie, en la que no se reconozca ningún derecho a los demás. La única ley posible en este tipo de regímenes es aquélla en la que se establece que los actos del gobernante no necesitan someterse a ninguna ley.

Ciertamente las posibilidades alternativas que contienen estas leyes son mínimas y el orden político realmente existente dispone de todos los mecanismos necesarios para impedir su desarrollo, si es menester recurriendo a la acción ilegal y por parte de los propios poderes públicos. Desde el punto de vista de la democracia, por tanto, la cuestión tiene escaso interés. Pero en cambio sirve para explicarnos por qué los regímenes fascistas, y otros con ellos emparentados, no tienen constitución. Y no se trata de que su constitución no reconozca derechos a los ciudadanos. Se trata de algo distinto: es que no tienen constitución en absoluto.

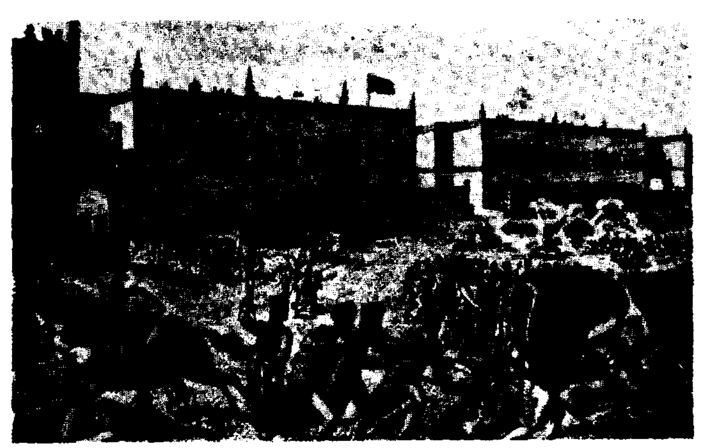
El caso de España se acomoda en lo fundamental a este esquema. Ciertamente hay una progresiva constitucionalización, pero de unas características tales que evidencian el horror que el poder omnímodo siente incluso por sus propias leyes constitucionales. Una de las primeras normas jurídicas del franquismo es el decreto de 29 de septiembre de 1936 en el que



Portada de la Constitución de Cádiz; edición original (1812).



Manuel Azaña en uno de sus principales discursos en campo abierto: el de Mestalla.



Los batallones adictos a *Fernando VII* disparan contra la multitud que esperaba la proclamación pública de la Constitución. Plaza de San Antonio, Cádiz, 10 de marzo de 1820. (Grabado de la época).

se nombra «Jefe del Gobierno del Estado Español al Excmo. Sr. D. Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado». Las leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939 confirmarán esta absorción de los poderes respecto del legislativo. A partir de aquí se inicia un proceso de legislación política fundamental cuyas características muestran hasta qué punto se es consciente de que la ley, incluso no pactada con nadie, impuesta unilateralmente, significa un principio de autolimitación. En lo que respecta a la facultad de dictar leyes, la potestad omnímoda del Jefe del Estado se mantiene hasta el final. En 1942 se crean las Cortes, a las que se encomienda tan sólo la «preparación y elaboración de las leyes», pero no su aprobación, esto es, el elemento decisivo del poder legislativo, que sigue perteneciendo al Jefe del Estado. Esta situación dura hasta 1967, en que se promulga la Ley Orgánica del Estado. Pero tampoco ésta obliga por completo al Jefe del Estado, ya que en ella se dispone que las atribuciones concedidas al Jefe del Estado por las leyes antes citadas, esto es, el poder legislativo absoluto, «subsistirán y mantendrán su vigencia» hasta que se produzcan las «previsiones sucesorias». Dicho en otros términos, si bien existe una ley que atribuye a las Cortes el poder legislativo, el Jefe del Estado podía retornar cuando lo desease a la situación anterior en la cual sus poderes en este terreno no estaban sometidos a límite alguno.

4. **La constitución como ley.**

A partir de lo expuesto hasta aquí se advierte cuál es la importancia de plantear correctamente el problema de la relación entre la constitución y el orden político fundamental. En el caso de las constituciones democráticas a que antes se hacía referencia es de capital interés insistir en la distancia

existente entre el orden constitucional y el orden político fundamental concreto. Porque es evidente que la existencia de una constitución democrática no significa que el orden político concreto sea democrático o, para decirlo con mayor precisión, tan democrático como el que la constitución hace posible. Así, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, su constitución, configura un orden jurídico mucho más democrático que el orden político concreto existente. La división de Alemania, el fuerte influjo de la guerra fría en las mentalidades, la acentuada evolución derechista del partido obrero, la Socialdemocracia, el éxito del capitalismo, y otros factores, han traído como consecuencia que la realidad política se distancie cada vez más de la constitución. No se trata de que se violen las normas constitucionales, sino de que no se hace uso de las posibilidades que en ellas se contienen. Se ha producido lo que se llama una «involución autoritaria». Precisamente porque la constitución ofrece posibilidades distintas, alternativas a ese orden, las fuerzas configuradoras del mismo llevan a cabo a veces acciones cuya conformidad con la constitución es más que dudosa e incluso se ha llegado a considerar la conveniencia de reformar la constitución precisamente para suprimir la posibilidad legal de la alternativa. Y, a la inversa, los grupos defensores de esa alternativa al orden real existente se convierten de manera natural en los defensores de la constitución frente a la realidad política.

Es necesario, por tanto, no perder de vista que la constitución es ante todo una ley, una norma jurídica. Conviene hacerlo así porque la comprobación de la distancia entre constitución y orden político fundamental induce con frecuencia a considerar que la «verdadera» constitución es este último, dado que en él se pone de manifiesto la forma en la que la comunidad está realmente constituida. Aquí se juega con el doble sentido del término constitución, -que

en su uso normal designa también el real modo de ser, el modo en que algo está realmente constituido. A partir de esta dualidad a veces se llama constitución al orden político fundamental, pero pretendiendo atribuir a este término un significado jurídico, de obligatoriedad. Esta «verdadera» constitución desvelaría el auténtico sentido de la otra. Esta sería tan solo la expresión del orden político fundamental concreto, y tendría que ser interpretada a partir de éste. La consecuencia se advierte inmediatamente: sería contrario a la constitución, ilegal, todo aquello que fuese contrario al orden político fundamental realmente existente, aunque se acomodase a la letra de la constitución entendida como ley. De este modo se atribuye a **lo que es** el carácter de norma, y se destruyen las posibilidades que la ley contiene.

A pesar de su apariencia «realista» esta teoría es precisamente un instrumento antiliberal y antidemocrático, porque llamar constitución a la realidad política supone reconocer a esta realidad valor normativo y, por tanto, consagrar las relaciones de poder existentes. Si España llega a tener una constitución democrática y un orden político fundamental en el que sigan dominando las fuerzas que lo han hecho hasta ahora, llamar constitución al orden impuesto por estas fuerzas significará interpretar de acuerdo con ese orden las normas constitucionales y, por tanto, restringir las posibilidades legales de configurar un orden nuevo. Sin duda alguna no faltarán juristas «realistas» que aporten los instrumentos teóricos necesarios para facilitar esa operación antidemocrática.

De este carácter de la ley propio de la constitución deriva ante todo su obligatoriedad para todos los poderes del Estado, para el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Las leyes sólo serán válidas si se elaboran con arreglo a los procedimientos que la constitución establece y si se acomodan a ésta también en su contenido. Este requisito se conoce con

el nombre de principio de constitucionalidad de las leyes.

No hace falta insistir en que esta sumisión de los poderes del Estado a la constitución plantea especiales problemas, dada la posición privilegiada que ocupan esos poderes en comparación con cualquier otro sujeto sometido a la ley. También es evidente que la efectiva sumisión dependerá en buena parte de mecanismos políticos y sociales que escapan a la constitución y que, en casos extremos, la constitución nada podrá si tales mecanismos fallan o no existen. Pero aquí no se trata de estos supuestos extremos de quiebra del orden constitucional, sino del normal funcionamiento de la constitución, lo cual exige una breve referencia a los medios de que ésta dispone para asegurar su cumplimiento.

En primer lugar, la superioridad de la constitución respecto de los poderes del Estado exige lógicamente la existencia de un sistema de control de la constitucionalidad de los actos de esos poderes, es decir, de su acomodación a las normas constitucionales. Estos sistemas de control pueden ser varios, pero el más interesante es el llamado control judicial. El Tribunal Supremo, caso de los EE. UU., o un tribunal especial, Tribunal Constitucional, por ejemplo en Italia y en Alemania, tienen la misión de examinar los recursos que se presenten contra una ley, o contra otras disposiciones, por considerar que contienen una violación de la constitución. Si la sentencia del tribunal reconoce que la ley es anticonstitucional, será necesario proceder a su modificación.

Además de este mecanismo, existe otro que reviste un especial interés para clarificar el concepto de constitución. Este mecanismo trata de proteger a la constitución especialmente frente al poder legislativo. Dado que éste tiene atribuida por la constitución la facultad de establecer las leyes, su sometimiento a la constitución podría ser ficticio, ya que

podría escapar al mismo por el procedimiento de alterar los normas constitucionales.

Para evitar esto la constitución tiene una característica especial, que la diferencia de las restantes leyes, y que consiste en que sólo puede ser reformada con arreglo a procedimientos especiales, distintos de los utilizados para elaborar las leyes ordinarias y más complejos que estos. Esta característica de la constitución se conoce con el nombre de **rigidez,** que puede ser mayor o menor según la dificultad o agravación del procedimiento necesario para la reforma. Esta diferenciación, por otra parte, no se da sólo en lo relativo a la reforma de la constitución, sino también en cuanto a su creación. También ésta, el acto constituyente, es un acto legislativo más complejo que los ordinarios, se compone de diversos momentos sucesivos e integra el llamado proceso constituyente. A esta diferenciación en los procedimientos corresponde también una diferenciación en los órganos o poderes: poder constituyente, que crea la constitución, poderes constituidos, que actúan con arreglo a la constitución, pero que tienen facultades para alterarla con arreglo a un procedimiento especial.

Conviene señalar, sin embargo, que existe una constitución en la que tales diferencias no se dan: la constitución de la Gran Bretaña. El Parlamento británico puede cambiar sin ningún procedimiento especial las leyes constitucionales que, por tanto, no se diferencian en este sentido de las demás. Se trata de un caso motivado por razones históricas especiales y en el cual la ausencia de mecanismos jurídicos de protección de la constitución es suplida por mecanismos políticos que hacen imposible que el Parlamento proceda arbitrariamente en este terreno.

Esta característica, la necesidad de un procedimiento especial para la reforma, da lugar a un nuevo concepto de constitución. Al principio veíamos que

la constitución es una ley que regula una determinada **materia,** el orden político fundamental y que desde este punto de vista cabe hacer una diferencia según que el concepto de constitución sea aplicable a toda ley reguladora del orden político fundamental, sea cual sea el **modo** en que lo regule, o bien, por el contrario, sólo se aplique a la ley que lo regule de un determinado modo, consistente en limitar el poder de los órganos del Estado, impedir que ese poder se concentre en un solo órgano y reconocer en los ciudadanos los derechos que aseguran su libertad. En cualquiera de estos dos casos se trata de un **concepto material,** porque el criterio para afirmar que una ley es constitucional es la materia que la constitución regula y, en el segundo caso, también el modo en que esa materia se regula.

Por el contrario, si se toma como criterio para definir la constitución la necesidad de una **forma** especial de promulgación y reforma, el concepto resultante será **formal.** Según este concepto formal, la constitución es la ley o el conjunto de leyes para cuya reforma es necesario un procedimiento especial, distinto del ordinario. Nótese que aquí se pierde ya toda referencia a la materia regulada por la ley, de modo que no todas las disposiciones integradas en la constitución tienen por qué ser políticamente fundamentales, ni todas las disposiciones políticas fundamentales pertenecen a la constitución, sino sólo aquellas que estén sometidas a un procedimiento especial de reforma. Por ejemplo, las leyes electorales, aún siendo de extraordinaria importancia política, sólo serán constitucionales si su reforma requiere un procedimiento especial, lo que sólo suele ocurrir respecto de sus principios más generales, con frecuencia contenidos en el propio texto de la constitución y desarrollados después por la ley.

Los efectos más importantes de este concepto formal de constitución se analizarán más adelante, pero

aquí conviene indicar ya algunas cuestiones para aclarar que ese concepto formal no es solamente una construcción de la ciencia jurídica, sino que tiene también el máximo interés político.

Si lo que define a la constitución es sólo el ser una ley para cuya reforma se requieren procedimientos especiales, está claro que ninguna ley constitucional se salva de la posibilidad de ser reformada, por muy fundamental que sea para el orden político que se ampara en la constitución. En este sentido, calificar una ley como constitucional es calificarla como modificable, desde luego por procedimientos especiales. Esta consecuencia del concepto formal de constitución ha desempeñado un papel importante en el actual momento político español. Frente a los intentos de reforma, un sector alegaba que los Principios Fundamentales del Movimiento, en los que se contienen elementos básicos del régimen, son inderogables e inmodificables, amparándose en que la propia ley que los formula declara al mismo tiempo que esos principios son «permanentes e inalterables». Ahora bien, es evidente que esa ley solamente es fundamental porque para su reforma se requiere, además del acuerdo de las Cortes, el referéndum de la Nación. Desde el punto de vista jurídico no se diferencia en absoluto de las demás leyes fundamentales, que lo son porque su reforma está sometida a esa misma exigencia. Luego esa ley es reformable como lo son las demás, y lo es toda ella. también el artículo en el que se dice que sus principios son inderogables e inalterables. Basta modificar este artículo y a continuación se modifican todos los demás.

En segundo lugar, del mismo modo que no todos los artículos de la constitución contienen normas políticamente fundamentales, tampoco todas las normas políticas fundamentales están contenidas en el texto de la constitución. Esto puede provocar problemas, ya que esas leyes políticamente fundamentales, pero

no incluidas en el texto de la constitución, podrían ser modificadas arbitrariamente por el Parlamento, como cualquier ley ordinaria. Para evitar a veces la exigencia de un procedimiento especial de reforma se extiende también a ese tipo de leyes, que integran una nueva categoría, la de las llamadas leyes orgánicas. Así ocurría durante la II República Española con los Estatutos de Autonomía, para cuya reforma se exigían procedimientos especiales. Aunque los Estatutos no pertenecían al texto de la Constitución, eran constitucionales en el sentido jurídico-formal del término.



Registro minucioso del pueblo de Casas Viejas, tras ser sofocado el movimiento subversivo. Enero de 1933.



Don José M.ª Gil Robles y Quiñones pronunciando un discurso en Madrid.

III. LA CONSTITUCION LIBERAL-DEMOCRATICA

1. **Ley fundamental y voluntad nacional: el poder constituyente.**

Al principio del apartado anterior se indicaba que toda constitución es una ley política fundamental, que regula el orden político fundamental, y se añadía que dentro de esta categoría se puede hacer una diferenciación, reservando el nombre de constitución, ahora en un sentido más estricto, para aquellas leyes que regulan el orden político fundamental con arreglo a un determinado criterio: el de la libertad. La constitución entendida en este sentido es una especie dentro del género de las leyes políticas fundamentales.

Con arreglo a este criterio ahora bastaría examinar las notas específicas de esta especie da las constituciones en sentido liberal-democrático. Sin embargo, no ocurre exactamente así, sino que el término **ley fundamental** puede ser utilizado a su vez para designar un tipo especial, una nueva especie dentro del género de las leyes políticas fundamentales. Para decirlo de un modo más inteligible: en el sentido utilizado hasta ahora, las palabras «ley fundamental» constituyen una denominación técnica relativa a la materia que regula la ley, pero también cabe utilizar ese mismo término para designar un tipo especial dentro de las leyes fundamentales. Para paliar la confusión terminológica se ha utilizado aquí para el primer sen-

tido la expresión «ley política fundamental», y para el segundo, que vamos a ver ahora, la expresión «ley fundamental».

Esta aclaración terminológica no puede ocultar, sin embargo, que en este punto existe una notable imprecisión. No se trata de una imprecisión casual, sino que este nuevo sentido del término ley fundamental es un sentido arcaico que, al superponerse al uso moderno de los términos, da lugar a ciertas dificultades. Si estas páginas se refiriesen a Francia o a Italia, por ejemplo, esta cuestión se podría dejar de lado, por ser de interés meramente histórico. Pero resulta que en España, durante el régimen franquista, las palabras «ley fundamental» se han utilizado precisamente en ese sentido arcaico, es decir, no sólo para designar que se trata de leyes que regulan el orden político fundamental, sino también para indicar ciertas características de esas leyes que las hacen diferentes de la constitución en el sentido moderno del término. Esto exige que nos ocupemos de este punto, lo que servirá también para precisar mejor el concepto de constitución.

El primer paso para entender esta diferencia es devolver el concepto de ley fundamental a su específico contexto histórico, que es el del Antiguo Régimen, la organización de las monarquías europeas anterior a la Revolución Francesa y a la forma de organización política moderna que surge con ésta. En el sentido del Antiguo Régimen, las leyes fundamentales son aquellas leyes que sirven de fundamento a la existencia de la soberanía o a la existencia del cuerpo político. Su concepto es impreciso y de difícil definición, pero en términos generales se puede decir que son las leyes en virtud de las cuales el monarca es soberano, por ejemplo las leyes sucesorias, o los pactos entre el monarca y el cuerpo político de la comunidad, o bien las leyes en virtud de las cuales este cuerpo político es, y es como es. Son leyes sin

las cuales la soberanía, el reino, el cuerpo político, no podrían existir, porque tienen precisamente en ellas su fundamento.

En esta caracterización general se encuentran implícitos una serie de rasgos importantes en los cuales se basa la diferencia entre ley fundamental y constitución. La idea de ley fundamental, en el sentido del Antiguo Régimen, indica que el fundamento se encuentra fuera de aquello que es fundamentado, fuera de la soberanía, fuera del cuerpo político, etc. Esto significa que la soberanía no tiene su fundamento en sí misma sino en algo que es en mayor o menor medida distinto de ella; por ejemplo, en un pacto con la comunidad política o en una ley histórica que el sujeto soberano encuentra ante sí como algo ya existente. De ahí que en este contexto el concepto de soberanía resulte aún oscuro, ya que implica recibir el fundamento de otro y, por tanto, no ser propiamente soberano.

En virtud de este carácter previo, la ley fundamental, al mismo tiempo que fundamenta, opera como un límite, es un principio de limitación. Lo es en un doble sentido. En primer lugar, porque esa ley, como toda ley, no puede ser violada; su transgresión no es lícita. Desde este punto de vista también es incorrecto hablar de monarquía absoluta, no atada a nada, ya que el poder de ese monarca absoluto está limitado por esa ley que debe acatar. En segundo lugar, las leyes fundamentales son un límite porque son inderogables e inmutables, en el sentido preciso de que no están a disposición del poder al que sirven de fundamento. Sin duda el pacto que fundamenta la soberanía puede ser modificado, pero la propia idea de pacto indica que no es modificable por la sola obra del soberano, sino con la participación de la otra parte pactante. Este pacto constituye una ley de la que el soberano no dispone libremente. Y lo mismo ocurre respecto de las leyes históricas en las que se

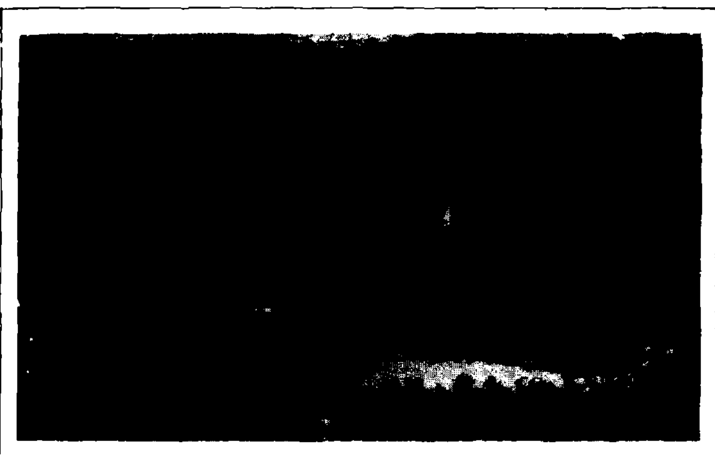
fundamenta la existencia del cuerpo político. Su carácter histórico significa que esas leyes no son creadas por este cuerpo político, sino que son resultado del proceso histórico, y sólo pueden ser modificadas por éste, no por un acto de voluntad del cuerpo político que fundamentan. Las leyes fundamentales son, por consiguiente, leyes preexistentes a aquello que fundamentan, leyes que fundamentan su ser. No están a su disposición, porque destruirlas sería tanto como destruir el propio fundamento, destruirse a sí mismo.

La idea de constitución es exactamente la contraria, porque supone la ley que el poder soberano se da a sí mismo, la ley en la que se autofundamenta y autoorganiza con entera libertad, sin someterse a ninguna ley preexistente. Es también una ley fundamental en el sentido de que regula cuestiones fundamentales, pero no una ley en la que el cuerpo político encuentra su fundamento, sino una ley en la que se fundamenta a sí mismo y organiza su poderes. No se reconoce valor jurídico alguno a las leyes preexistentes, sino que se rompe la continuidad jurídica como expresión más radical de la ruptura de la continuidad política. Esta idea de constitución implica, por tanto, la de un poder constituyente absolutamente originario, no sometido a ningún límite y, como veremos después, conduce a la atribución de este poder y de la soberanía a la Nación.

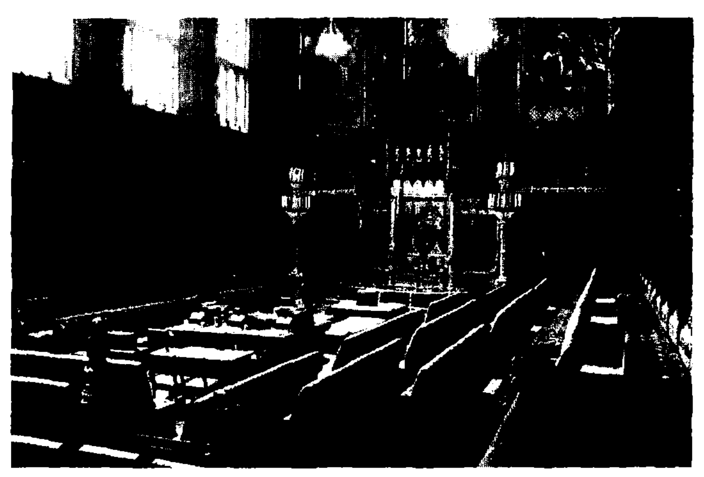
Esta diferencia básica se manifiesta también en la forma de la constitución. Las leyes fundamentales, en cuanto leyes históricas, no siempre son leyes escritas y, cuando lo son, no están necesariamente sistematizadas, ni forman un conjunto coherente y unitario, ni tampoco tienen por qué estar recogidas en un solo texto legal. Por el contrario, la constitución en el sentido moderno del término, es un texto unitario, dado de una sola vez, más o menos extenso, dotado de coherencia y sistema, en el cual se regulan los aspectos más importantes del orden político fundamen-

tal. En este aspecto, ante la constitución y las antiguas leyes fundamentales existe una diferencia similar a la que media entre los modernos códigos y los antiguos ordenamientos integrados por leyes dispersas, fueros especiales, recopilaciones no sistemáticas, costumbres, etc. La constitución es, por decirlo así, un código fundamental.

Siempre que se contrapone la ley fundamental así entendida a la constitución en el sentido moderno del término, el móvil básico es limitar las atribuciones omnímodas e ilimitadas de la voluntad nacional, vinculándola a unas instituciones, a un modo de organización ya existente, que se eleva a la categoría de derecho, de ley obligatoria limitativa de sus atribuciones. Y como la idea de limitación contradice la de soberanía, lo que se discute con el argumento de las leyes fundamentales es en realidad la propia soberanía nacional. Respecto de las Cortes de Cádiz, y frente a la doctrina del poder constituyente de la Nación, Jovellanos oponía la idea de las leyes fundamentales en estos términos: «¿Por ventura no tiene España su constitución? Tiénela, sin duda; porque, ¿qué otra cosa es una constitución que el conjunto de leyes fundamentales que fijan el derecho del soberano y de los súbditos y los medios de preservar unos y otros? ¿y quién duda que España tiene esas leyes y las conoce?». España, por tanto, tiene ya su constitución y la labor de la Nación en las Cortes de Cádiz será sólo mejorarla, quizá restablecerla en aquellas partes en que esté olvidada, pero nunca «constituir», pues el cuerpo político y sus instituciones fundamentales están ya constituidas. Y lo mismo dirá Cánovas en el proceso preparatorio de la constitución de la Restauración. Las Cortes no podrán alterar la monarquía representativa, pues ésta «es ya aquel régimen anterior y superior entre nosotros a todo texto escrito; que lo propio que ha existido, existirá siempre, como natural organismo de la sociedad es-



La Asamblea Nacional francesa de 1789 en el Juego de la Pelota. para elaborar la primera constitución de la Europa moderna.



El Parlamento Inglés (Cámara de los Lores), ilustra la posibilidad de reformar las leyes constitucionales sin procedimientos especiales.

pañola; y que salvo los accidentes, sin duda importantes, mas no tanto como la esencia en las cosas, la España posee hoy en día, aun estando muertos como sin duda están sus códigos políticos y en el solo principio de la monarquía representativa, una verdadera constitución íntima, fundamental, en ningún tiempo anulable por los sucesos. De esta constitución no hay con vida sino dos instituciones: el Rey y las Cortes; pero ellas bastan a restaurar o crear las demás». La creación de la constitución en cuanto ley no podrá ser, por tanto, otra cosa que la continuación o restauración de la tradición por obra de las instituciones históricas ya existentes y subsistentes.

Esta idea y sus consecuencias nos explican ya por qué el franquismo se ha adscrito a la noción de ley fundamental y ha rechazado la de constitución, y por qué la tesis de la ruptura no podía ser, desde el punto de vista lógico, la de la reforma política, ni siquiera la de la reforma constitucional, sino la del proceso constituyente.

En cuanto al primer punto, todas las leyes fundamentales españolas están impregnadas de esa contraposición de la historia y la voluntad de la Nación que irrumpe estableciendo un corte. En las leyes fundamentales, en cuanto textos legales, la Nación no hace ni puede hacer otra cosa que declarar lo que es un fundamento histórico, que escapa como tal a su voluntad. Los propios nombres de las instituciones lo denotan así: Cortes, Consejo del Reino, Fueros, etc. Las leyes fundamentales no son concebidas como acto plenamente soberano de la Nación. De acuerdo con el carácter profundamente conservador del régimen se restaura y se completa, pero no se crea. Con ello se pretende atribuir a las leyes fundamentales la legitimidad que deriva de ser constitución natural, histórica, no creación arbitraria. Al mismo tiempo, y por la misma razón, se las preserva de cambios futuros, a no ser aquellos que deriven del

curso natural de las cosas, y que sólo afectan a lo accidental. Por ello se declara que los principios son «permanentes e inalterables», por más que esta declaración resulte inútil desde el mismo instante en que se admite la posibilidad de reforma que, en sus consecuencias jurídicas lógicas, significa la posibilidad de reformar también esa declaración de *inmutabilidad*. La lógica del derecho juega aquí también una mala pasada, y viene a demostrar una vez más el «peligro» implícito en toda formalización.

En cuanto al segundo punto, la identidad lógica de ruptura y proceso constituyente, esto es, constitución de la Nación, indica el intento de negar del modo más rotundo posible la idea sobre la que reposan las *leyes fundamentales*. No se trata sólo de poner en tela de juicio el contenido, ya que para este fin sería suficiente la reforma total, según veremos luego. Se trata de negar la vinculación a las instituciones ya existentes, no de *negarlas* como hechos, pero sí como instituciones dotadas de la fuerza de obligar a la Nación a respetarlas. Se afirma así el derecho de la Nación, del pueblo español, a autoorganizarse según su propia voluntad actual, sin someterse a más vínculo que aquel que quiera aceptar libremente. Se trata de afirmar que el orden jurídico-político futuro sólo puede ser resultado de la voluntad soberana de la Nación.

La constitución en el sentido moderno del término es, por tanto, una ley que deriva directamente de la voluntad nacional y que no está vinculada a ninguna ley que le sirva de fundamento. No presupone ningún orden previo, sino que ella es el primer principio de orden. La idea de constitución así entendida supone determinadas consecuencias respecto del modo de nacimiento de las constituciones y respecto del titular del poder constituyente y, a partir de aquí, tiene también determinadas consecuencias respecto del contenido.

Tradicionalmente se viene estableciendo una cla-

sificación de las constituciones según los poderes que intervienen en la creación de las mismas. El primer grupo es el de las constituciones **otorgadas,** esto es, constituciones que la monarquía, hasta ese momento absoluta, otorga al pueblo, y en las cuales se autolimita. En España éste sería el caso del Estatuto Real de 1834, en el cual la Corona, hasta ese momento no sometida a ningún límite, convoca unas Cortes que han de participar en las tareas del Estado. El segundo grupo está integrado por las constituciones **pactadas,** resultantes del pacto entre la Corona y las Cortes que llegan a un acuerdo acerca de sus atribuciones respectivas. Este es el caso de las constituciones españolas de 1845 y 1876. El tercer grupo está integrado por los constituciones **emanadas de la soberanía nacional,** como ocurre con las de 1812, 1837, 1869 y 1931. En realidad sólo en estas últimas nos encontramos ante una ley que no deriva de ninguna anterior. En el caso de las constituciones otorgadas y en el de las pactadas la constitución nace de unas instituciones que ya existen. El acto de dar la constitución no fundamenta esas instituciones, sino que éstas existen previamente y son ellas quienes fundamentan la constitución. Nos hallamos nuevamente ante la idea de ley fundamental como ley previa a la constitución escrita y como límite para el poder constituyente del que emana esta última. Cuando la Nación, o sus Cortes, pactan la constitución con la Corona, están reconociendo que ésta ya existe como algo previo a la constitución resultante del pacto, como algo que no recibe de ella su fundamento. Para que se pueda hablar de constitución como fundamento absolutamente originario, no sometido a leyes fundamentales previas, es necesario concebir que la constitución emana directamente de la Nación y no de un orden de instituciones previamente existentes. La constitución, en este sentido, implica el poder constituyente de la Nación.

2. **Límite del poder y garantía de la libertad.**

De aquí derivan una serie de consecuencias también respecto del modo en que la Constitución ha de regular su contenido, es decir, la organización del Estado y los derechos de los ciudadanos. En realidad estas consecuencias son la verdadera esencia de la teoría del poder constituyente de la Nación. El mejor modo de abordar este punto es examinar una objeción que se hace con frecuencia a la teoría del poder constituyente de la Nación. La objeción se refiere al origen de ese poder constituyente de la Nación. Si se afirma que la constitución es la ley originaria que fundamenta a las demás y que antes de ella no existe ninguna otra, cabe preguntarse en virtud de qué, en virtud de qué ley, corresponde a la Nación ese poder constituyente. Esta pregunta no tiene respuesta en términos jurídicos: antes de la constitución no hay ley alguna y por tanto la Nación no puede tener su poder constituyente en virtud de ley alguna. Se trata de un postulado de ideología política, no de derecho constitucional. Pero eso no quiere decir que carezca de consecuencias respecto del derecho constitucional y de la constitución, porque en realidad lo que se dice al afirmar que el poder constituyente corresponde a la Nación es que **no corresponde** a ninguno de los órganos que la constitución crea. Estos órganos aparecen como poderes **constituidos,** subordinados a Nación, en quien radica el poder constituyente.

La teoría del poder constituyente de la Nación surte así unos efectos negativos respecto de la organización del Estado. El primero de ellos ya lo hemos visto antes: la constitución no podrá ser modificada por un sólo órgano del Estado, ni siquiera el Parlamento, siguiendo un procedimiento ordinario, sino que se requieren procedimientos especiales, y a veces la colaboración de varios órganos y del pueblo me-

diante el referéndum.

El segundo efecto es que debe evitarse toda concentración de poderes en un sólo órgano que haga de él un verdadero soberano. Este es el contenido propio de la llamada **división de poderes,** cuya esencia consiste en que el poder de dar las leyes, el de ejecutarlas y el de juzgar no puede corresponder conjuntamente a un solo órgano sino que deben estar distribuidos entre varios, Parlamento, Gobierno, Tribunales, de modo que para la dirección del Estado sea necesaria la colaboración de varios de ellos, que en esa colaboración podrán ejercer un control mutuo. La división de poderes no excluye la soberanía de un poder sobre otro, e incluso ocurre que tal supremacía es más fuerte en el régimen presidencial, por ejemplo el de Estados Unidos, en el cual se mantiene más rígidamente la separación de poderes, que en el régimen parlamentario, por ejemplo el de Italia, donde ese principio es menos rígido. La división de poderes supone que, cuando se da tal supremacía de un poder, ésta no puede suponer un poder absoluto sobre los demás, sino que también en este caso es necesaria la colaboración y control de éstos.

Por otra parte, el principio de la soberanía nacional implica que los poderes constituidos no tienen sus facultades en virtud de un derecho propio, sino como representantes de la Nación, y este principio de representación lleva consigo el de la elección de las personas que han de ejercer tales poderes.

Además de estas consecuencias respecto de la organización de los poderes del Estado, el principio de la soberanía de la Nación y de su poder constituyente supone que la constitución sólo es tal si reconoce la libertad de los ciudadanos. En realidad el sentido de la constitución es precisamente establecer el estatuto de los poderes del Estado, lo que supone no sólo la regulación de las relaciones entre los mismos y de los procedimientos de actuación, sino también

el establecer unos límites a ésta, límites constituidos por las libertades de los ciudadanos frente a ellos. La necesidad de estos límites está implícita en el concepto de Nación que preside el derecho constitucional desde la Revolución Francesa. La Nación de que aquí se trata es entendida como el conjunto de los individuos libres e iguales, en oposición al cuerpo político del Antiguo Régimen, integrado por estamentos que establecen diferencias jurídicas entre los ciudadanos, los cuales, además, no son libres, sino que su condición está determinada por la pertenencia a este o a aquel estamento. La Nación, por el contrario, está integrada por simples individuos libres, y su concepto es impensable sin ellos. En este sentido cabría volver a hablar aquí de una ley fuundamental previa a la constitución y esta ley sería la de la libertad individual. Según esta teoría la constitución sólo es tal si garantiza la libertad individual.

En resumen, la constitución entendida como ley originaria, no derivada de ninguna otra, nacida de la voluntad soberana de la Nación, implica la garantía de los derechos individuales y la división de poderes. En el art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se contiene la expresión más famosa de esta exigencia: «Toda sociedad en la cual no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de constitución».

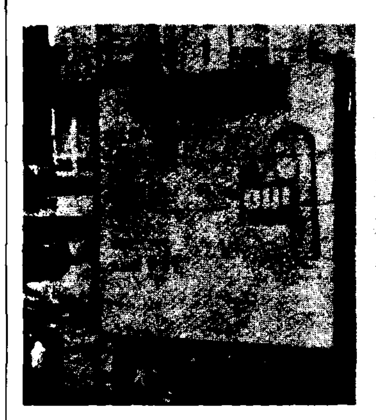
3. **Constitución y democracia.**

La idea de constitución, entendida en el sentido que se acaba de exponer, da lugar a la idea de gobierno o régimen constitucional. Ésta implica que los poderes del Estado se someten a la constitución, pero no a cualquier constitución, sino a la que limita sus poderes para garantizar los derechos de los ciudadanos. Conviene insistir en esta conexión: limitar los

poderes **para** garantizar los derechos. Y conviene hacerlo porque, como veíamos al principio, toda constitución, incluso la que emana de poderes omnímodos, implica por sí misma una cierta limitación de los poderes que a ella se sometan. A condición, evidentemente, de que se sometan. La idea de gobierno constitucional implica algo más: que esa limitación se lleve a cabo para garantizar los derechos, que esté presidida por esa finalidad.

Esta delimitación de la idea de constitución, con ser esencial, no es aún suficiente para explicar en qué consisten las modernas constituciones democráticas y cuáles son los problemas específicos que plantean éstas. Es más, cabe decir incluso que esa idea de constitución contradice hasta cierto punto la de democracia y, por tanto, para hablar de constitución democrática es necesario examinar este problema.

La idea de gobierno constitucional, y de constitución como límite del poder del Estado para garantizar los derechos de los ciudadanos, sólo tiene pleno sentido a partir de una cierta distinción entre poder del Estado y pueblo. Ciertamente los poderes del Estado son constituidos por la Nación y son representantes de ésta, pero, en primer lugar, Nación y pueblo no son lo mismo, sino que aquélla representa un sujeto ideal más o menos abstracto, frente al pueblo como conjunto de individuos realmente existentes. En segundo lugar, los poderes del Estado representan a la Nación o, si se quiere, al pueblo, pero **no son** ni la Nación ni el pueblo. Esto está muy claro respecto de la monarquía: ésta sólo es un poder del Estado en virtud de que la constitución, decisión de la Nación, le atribuye ese rango, pero el pueblo no elige al monarca. Originariamente, el gobierno constitucional tenía su expresión más perfecta en la llamada monarquía constitucional. En ésta se manifestaba esta no-identidad entre poder y pueblo, porque la sumisión del monarca a la constitución no sólo no implica la



Referéndum en Francia para la reforma de la constitución (1962)

ESTATUT

DE

CATALUNYA

TEXT CATALÀ OFICIAL APROVAT PEL CONSELL DE LA GENERALITAT EN SESSIÓ DE 5 D'OCTUBRE DE



Estatuto de Cataluña.



María Cristina de Habsburgo-Lorena jura la constitución de 1876.

elección del monarca por el pueblo, contraria a la idea de monarquía, sino que, además, tampoco excluye el que el monarca disponga de libertad de actuación en la esfera política que le es propia. Su sumisión a la constitución implica tan sólo que no puede rebasar los límites que la constitución impone y que, cuando estén en juego los derechos de los ciudadanos, por ejemplo la propiedad privada, deberá intervenir una asamblea designada por elección. Monarquía constitucional significa, por tanto, monarquía limitada por la constitución y por un poder representante de la Nación: la Asamblea elegida por los ciudadanos. Pero no implica en absoluto la idea de una monarquía democrática.

Tampoco la Asamblea electiva es idéntica al pueblo. Representa a la Nación, lo que significa que **actúa por ella y en su nombre,** esto es, que, una vez elegida, actúa con libertad y sin tener que rendir cuentas. Además, no es elegida por todo el pueblo, sino sólo por aquel sector de los ciudadanos que tienen derecho al voto, sector al principio muy reducido e identificado con el de los propietarios.

En estas circunstancias es perfectamente comprensible que se exija la sumisión de los poderes del Estado a la constitución. Esta es el orden jurídico que la Nación impone a los poderes que la representan. Dicho en otros términos, la Nación no actúa por sí misma, sino por medio de sus representantes, a los cuales no puede dejar en entera libertad, sino que los obliga a respetar en su actuación una serie de normas, la constitución. Ésta es un límite que garantiza los derechos de la Nación, de sus ciudadanos, frente a unos poderes que no son ella misma.

El asunto se complica notablemente, y la idea de constitución se vuelve parcialmente contradictoria, a medida que se va reduciendo la distancia entre los poderes y el pueblo. Para comprender esto tomemos como punto de partida una hipótesis extrema, la de

que el pueblo gobierne directamente y en todo momento. En este caso cabría preguntarse qué sentido tendría que el pueblo estableciese una constitución, unas normas reguladoras de su propia actuación, y se sometiese a ellas. Aquí no tendría sentido la distinción entre poder constituyente, pueblo, y poderes constituidos, ya que éstos serían también el propio pueblo. La constitución sería una decisión inicial del pueblo a la cual éste se obligaría a someterse en el futuro. Pero esto significaría la negación de la idea de democracia, ya que supondría que el pueblo de hoy tendría que someterse a la decisión del pueblo de, por ejemplo, treinta años atrás. No habría una democracia actual, presente, porque el pueblo de hoy estaría sometido a las decisiones de otro pueblo, el que integraban sus antepasados. Lo lógico sería no poner *límite alguno a la reforma de la constitución* y permitir que se reformase con el mismo procedimiento con que se adoptan las demás decisiones, con lo cual desaparecería la constitución en sentido formal de que se hablaba antes y dejaría de ser obligatoria para los poderes constituidos. También la cuestión de los derechos sería problemática. En primer lugar, porque no cabe hablar de derechos frente a los poderes, ya que los titulares de los derechos son los mismos que los titulares de los poderes y por tanto no es necesaria la garantía. En segundo lugar, ciertos derechos no deberían ser garantizados *en ningún caso, porque* hacerlo supondría poner un límite a la voluntad del pueblo. Así, por ejemplo, sería contradictorio garantizar la propiedad privada frente a la voluntad del pueblo de disponer colectivamente de todos los bienes.

La situación que se describe supone una hipótesis extrema nunca realizada y hasta hoy presente sólo en la teoría más radical de la democracia. Esta teoría es el telón de fondo del concepto socialista de la constitución, al menos en su formulación originaria. No se extraen todas las consecuencias porque,

por ejemplo, la constitución sólo puede ser reformada con arreglo a procedimientos especiales. Pero, en general, la idea de constitución como límite cede paso a la de constitución como consagración de lo que ya se ha logrado y como programa de las tareas a realizar en el futuro. Con todo, hay que señalar que las constituciones socialistas hoy vigentes se apartan más o menos de este esquema.

La contraposición entre democracia y constitución presenta mayores dificultades y, por tanto, mayor interés, en el caso de las constituciones de las democracias liberales. Esto se debe a que aquí los elementos iniciales, es decir, la separación entre poder y pueblo, que hacían necesaria la constitución como límite, han sido paulatinamente sustituidos, aunque no por completo, por una cierta aproximación entre los dos términos, con lo que parece que el problema de la constitución debería plantearse de otro modo, más próximo a esa hipótesis antes descrita en la que la constitución resultaría superflua e incluso antidemocrática. Las modernas constituciones ya no se limitan a consagrar una serie de derechos entendidos como delimitación de una zona de libertad individual, que no puede ser afectada por los poderes del Estado, sino que junto a estos derechos se establecen otros que permiten al ciudadano participar en la dirección de los asuntos políticos, o influir directamente sobre los mismos. Así ocurre con la libertad de asociación, sobre la que se basan los partidos políticos, elementos básicos en el funcionamiento del Estado, y con la extensión del derecho de sufragio a todos los ciudadanos, eliminando las antiguas restricciones. Por otra parte, la participación no se limita a la elección de gobernantes, sino que se incluyen a veces procedimientos de democracia directa, como el referéndum, mediante los cuales los ciudadanos se pronuncian sobre ciertas cuestiones políticas.

Puede decirse, por tanto, que la vieja diferencia-

ción entre poder y pueblo se ha reducido notablemente. En la medida en que esto sea cierto, valdrían aquí las objeciones respecto de la constitución en una democracia y, por ejemplo, sería inadecuado exigir requisitos especiales para la reforma.

Sin embargo, esto sería cierto sólo en el caso de que el principio de representación, base de la diferencia entre poder y pueblo, hubiese sido totalmente sustituido por el de la democracia, por la identidad de poder y pueblo. De echo no ocurre así. El principio democrático no ha sustituido al de representación, sino que se ha superpuesto a él, corrigiéndolo en algunos aspectos. En la medida en que subsista una no-identidad entre poder y pueblo es necesario, desde el punto de vista democrático, que aquél se someta a la constitución elaborada por éste, lo cual implica que, aún estando el pueblo más presente en los poderes del Estado, éstos no deben estar autorizados a reformar la constitución por procedimientos ordinarios, sino por otros especiales en los que se dé una presencia y una participación popular más amplia que en los restantes supuestos. Estos procedimientos especiales pueden ser muy diversos: desde la exigencia de que se dé una mayoría parlamentaria especial, de dos tercios, por ejemplo, hasta la exigencia de ratificación popular de la reforma mediante referéndum.

La relativa aproximación de poder y pueblo, en el sentido señalado, también tiene consecuencias respecto de los derechos de los individuos. Cuanto más nos aproximamos al poder democrático, más problemático y discutible se hace garantizar frente a él ciertos derechos individuales. A este respecto hay que hacer una diferenciación entre dos clases de derechos: aquellos que garantizan la libre búsqueda del propio interés, como son la propiedad privada o la libertad de comercio, y aquellos otros que garantizan la libre participación política, como la libertad de ex-

presión o el derecho de asociación. Sólo estos últimos son integrantes de la propia democracia. mientras que los primeros, por el contrario, no pueden ser un límite absoluto para el poder democrático, como lo eran en el primitivo Estado liberal. El hecho de que ambos tipos coexistan en las actuales constituciones significa que éstas se mueven aún en una zona intermedia, entre el inicial planteamiento liberal y un esquema radicalmente democrático. Sin embargo, las constituciones actuales reflejan la presencia de este principio democrático por cuanto el acento se desplaza en ellas desde los derechos del primer tipo a los del segundo. En estas constituciones se suelen incluir, además, los llamados derechos sociales, los cuales permiten una limitación de los derechos ligados al interés individual, si bien el hecho de que coexistan con estos últimos da lugar a dificultades a la hora de interpretar su verdadero alcance.

El principio de aproximación entre poder y pueblo tiene, por consiguiente, una serie de consecuencias que modifican el sentido originario de la constitución. Sin embargo, se trata de una aproximación relativa. El hecho de que los poderes ordinarios del Estado sigan, a pesar de todo, asentados sobre la base de la diferenciación entre poder y pueblo, exige que la constitución siga siendo un límite respecto de ellos. En lo que se refiere a la reforma de la constitución, por el contrario, la presencia popular es mucho mayor, cuando ese poder de reforma está presidido por principios democráticos. La reforma, por consiguiente, es el lugar adecuado para examinar esta consecuencia de la democratización del poder. El problema de la reforma así entendida se tratará en el capítulo siguiente, junto con el llamado poder constituyente. Es necesario hacerlo así, porque está claro que si el poder de reforma de la constitución corresponde en último término al pueblo, éste debe disponer en ella de tantas facultades como tiene en la elaboración de

la propia constitución, esto es, en el proceso constituyente. La constitución no debe ser un límite para un poder democrático, lo que significa que éste debe estar facultado para llevar a cabo la llamada reforma total.



El gobierno provisional de la II República Española.

IV. EL PROCESO CONSTITUYENTE

1. Proceso constituyente y reforma total de la constitución.

El proceso constituyente y la reforma total de la constitución son dos fenómenos distintos, tanto desde el punto de vista político como desde el jurídico. Pero tienen algo en común: en ambos casos se procede a elaborar una nueva constitución. En esta identidad se han amparado quienes afirman que de hecho la reforma constitucional del posfranquismo es un proceso constituyente. Volveremos después sobre este punto, al tratar de la importante diferencia que hay entre proceso constituyente y reforma total. Pero el hecho de que en ambos casos nos hallemos ante la elaboración de una nueva constitución exige que se examine aquí la reforma total, ya que en ella se trata, como en el proceso constituyente, del poder del pueblo respecto de la constitución.

La reforma total se caracteriza porque en ella se procede con absoluto respeto de las normas constitucionales vigentes, pero el resultado final es derogar éstas y sustituirlas por otras nuevas. Se respetan las normas que la constitución establece respecto de los órganos y procedimientos necesarios para llevar a cabo la reforma de la constitución, pero el resultado final sólo es «reforma» en apariencia, ya que hecho se trata de una supresión total de la antigua constitución para sustituirla por otra.

A primera vista se trata de un proceder hipócrita, de un verdadero fraude, en el cual el escrupuloso respeto a las formas sirve de disfraz para la destrucción de los contenidos. A la vista de este hecho existen ciertas constituciones que proclaman que determinadas normas del texto no podrán ser modificadas, ni siquiera con arreglo a los procedimientos establecidos para la reforma. Pero tampoco esto constituye un obstáculo insuperable, ya que en este caso bastará con reformar la norma que prohíbe la reforma de ciertos artículos, para, a continuación, reformar estos mismos. Dada esta posibilidad y dado también que no todas las constituciones contienen esas normas prohibitorias de la reforma, o bien éstas no cubren todos los principios considerados fundamentales, se ha intentado construir una teoría según la cual ciertos principios básicos no podrán ser reformados, incluso en el supuesto de que la constitución no lo diga expresamente. La reforma, por tanto, está sometida a límites expresos y a límites tácitos, o inmanentes a la constitución. Una reforma que respetase las formas establecidas por la constitución y sus límites expresos, sería, sin embargo, anticonstitucional, en el supuesto de que se traspasase los límites tácitos.

Conviene detenerse a examinar qué significa esta teoría, dado el significado que podría tener en la reforma constitucional española. Para dar respuesta a esta pregunta es necesario recordar dos puntos que ya se han tratado antes. El primero de ellos es la diferencia entre la constitución como norma y el orden político fundamental realmente existente, así como los intentos de elevar a este último a categoría jurídica frente a la constitución entendida en el primer sentido. El segundo de los puntos a recordar es que el poder de reforma, en las constituciones democráticas, es el más democrático de los poderes, porque en él se prevé una participación popular próxima o idéntica a la que es propia del proceso constituyente.

Y es necesario tener presentes estos dos puntos porque la teoría de los límites inmanentes, o tácitos, es uno de los casos en los que el orden político fundamental realmente existente es utilizado como un concepto jurídico, a partir del cual se limitan las posibilidades que la constitución ofrece de configurar un orden distinto. En este caso concreto se trata de limitar en su nombre el poder popular de elaborar un orden constitucional distinto. Tales límites tácitos, esto es, no formulados en el texto de la constitución, son la expresión ideológica de los fundamentos del orden político realmente existente y, por tanto, un instrumento de defensa de éste frente a las posibilidades que la constitución ofrece.

El sentido político de la tesis está muy claro en el caso de las actuales leyes fundamentales españolas. No cabe ninguna duda de que quienes las elaboraron pretendían dar expresión jurídica al orden político fundamental del franquismo. Y cuando se habla aquí de límites inmanentes a tácitos se trata de defender ese orden frente a las posibilidades de cambiarlo sin violar las formas que las leyes fundamentales establecen. Este punto ya se ha tratado antes, al hablar del concepto formal de constitución.

En el caso de las constituciones democráticas, la teoría de los límites inmanentes o tácitos tiene un significado similar: también aquí es un intento de limitar las posibilidades que ofrece la constitución, utilizando para ello la elevación del orden político fundamental a la categoría de verdadera constitución. La operación se produce tanto frente al funcionamiento ordinario de los poderes del Estado cuanto frente al poder de reforma, y en este caso es aún más profunda, porque entonces no se trata sólo de reducir el contenido del pacto en que se basan esas constituciones, mediante su interpretación a partir de la real correlación de fuerzas, sino que se trata de limitar la posibilidad de variar ese contenido. Los principios básicos

del pacto inicial que dio lugar a la constitución se transforman ahora en principios fundamentales de la misma e impiden que ésta pueda ser cambiada con arreglo a una nueva correlación de fuerzas mediante el procedimiento democrático de reforma. Tales constituciones no sólo son el marco legal del orden existente y de otros órdenes posibles, sino que, en sus normas acerca del procedimiento de reforma, ofrecen a un poder más popular que los ordinarios la facultad de cambiar ilimitadamente ese marco legal. Desde este punto de vista son normas «en blanco», es decir, normas en las que se dispone que será constitución lo que el pueblo determine como tal en cualquier momento con arreglo a determinados procedimientos.

Sin embargo, la teoría de la reforma total como consecuencia del principio democrático podría tener una objeción, consistente en que el poder de reforma, por más democrático que sea, no puede estar facultado para reformar la constitución en el sentido de suprimir la democracia. La objeción, sin embargo, no se aguanta. En primer lugar, no hay modo de sostenerla desde el punto de vista jurídico, porque ya hemos visto que, desde que se acepta la posibilidad de la reforma, ésta no tiene límite jurídico alguno. Y, desde el punto de vista político, el argumento es de un perfecto cinismo, porque es evidente que si la voluntad popular decide suprimir la democracia es que en esa voluntad ya no existe ningún contenido democrático. Esto sólo es posible si han dejado de funcionar los procedimientos democráticos y han entrado en funcionamiento otros procedimientos distintos, de sobras conocidos, que han conseguido revestir con el ropaje de la voluntad popular, incluso mayoritaria, la voluntad de los grupos dominantes. El problema no es poner límites a la voluntad democrática, sino examinar si ésta lo es realmente. El único modo en que la constitución puede garantizar la democracia con-

siste en establecer y garantizar procedimientos democráticos, no en «prohibir» que la democracia sea suprimida por decisión mayoritaria. Así nos lo muestra, además, el ejemplo frecuentemente aducido por la teoría de la democracia como límite para el poder de reforma: la ascensión legal del nacional-socialismo y su liquidación de la constitución democrática vigente. El ejemplo sitúa el problema en el lugar que no le corresponde. No sólo porque el fenómeno se debe a complejas razones sociales, como es obvio, sino porque en el plano constitucional el problema no era que la constitución estuviese abierta a toda reforma, también al «suicidio», sino que sus propios mecanismos políticos permitían al Presidente oponerse al Parlamento y gobernar al margen de la voluntad popular.

La posibilidad de la reforma total es, por consiguiente, algo que se desprende del carácter democrático del poder de reforma. La constitución no puede operar como un límite, y el poder popular ha de obrar con la misma libertad de movimientos con que lo hace al elaborar la constitución, es decir, en el proceso constituyente.

Reforma total y proceso constituyente coinciden, por tanto, en que en ambos casos se trata de elaborar una constitución nueva, y no simplemente de introducir reformas parciales en la que ya existe. Pero a pesar de esta similitud, existe entre ambos procedimientos una importante diferencia. En la reforma total, la nueva constitución se crea con arreglo a las normas de actuación que establecía la anterior y, por consiguiente, se puede decir que hay una cierta continuidad constitucional, un cierto reconocimiento del orden constitucional vigente. En el caso del proceso constituyente, por el contrario, la nueva constitución es creada a partir de la nada constitucional, es decir, porque no hay constitución o **como si** no hubiera constitución alguna. Su sentido originario es el de una revolución jurídica, aunque no siempre suponga una

revolución política, ni mucho menos social. A diferencia de la reforma constitucional, el proceso constituyente implica no reconocer ningún vínculo jurídico con el pasado, negar toda validez a las anteriores leyes constitucionales. Se trata, por tanto, de la más radical expresión de ruptura de la continuidad.

Los motivos que pueden llevar a elegir el camino de la reforma total, y no el del proceso constituyente, son de orden político y pueden tener el signo más diverso. La Constitución española de 1837, de tipo liberal, aunque es una constitución enteramente nueva, se presenta como una reforma de la Constitución de 1812. Ésta había estado en vigor hasta el regreso de Fernando VII en 1814, que significó la restauración del absolutismo. La constitución fue establecida en 1820 y nuevamente abolida, otra vez por Fernando VII, en 1823. Pero siguió siendo el símbolo de la libertad y del régimen constitucional. Por ello, cuando éste fue restaurado en 1837, tras el primer paso que supuso el Estatuto Real de 1834, el presentar la constitución como una reforma de la de 1812, aún siendo enteramente nueva, significaba afirmar la continuidad de esta constitución y de sus principios frente a todas las derogaciones de que había sido objeto.

También la Constitución de 1845, de modo moderado, se presenta como una reforma de la anterior, la de 1837, aunque el texto era nuevo; la reforma afectaba en realidad a puntos concretos, pero se trataba precisamente de aquellos que permitían establecer un orden político mucho menos liberal que el anterior. La reforma política era mucho más importante que la jurídico-constitucional. Al proceder mediante el expediente de la reforma, y no del proceso constituyente, se trataba de afirmar la continuidad jurídica básica. aún creando un orden político distinto.

El actual caso español se acomoda perfectamente a este esquema. Se trata de impedir que el nuevo orden político y constitucional aparezca como una

ruptura respecto del anterior. Aún cuando pueda ser un orden muy distinto, no quiere, por diversos motivos, negar todo vínculo con el anterior, no quiere renegar por completo de su pasado. Con el procedimiento siguen estando presentes en el cambio. Y no hace falta insistir en que no se trata tan sólo de una presencia jurídica, sino que en ella se expresa una presencia real, capaz de asegurar su continuidad también en un orden constitucional nuevo. Por su parte, la tesis de la ruptura significa o, quizá mejor, significaba, la liquidación total de la continuidad jurídica y, bajo ésta, de la continuidad política. Aquí no se trata de discutir su eficacia política, ni sus reales posibilidades, sino tan sólo de señalar que es perfectamente coherente con los principios democráticos. Con arreglo a éstos, no tiene sentido hablar de reforma, ni siquiera total, porque el poder que ha de entrar a configurar la nueva constitución no tiene nada que ver con el que creó las antiguas leyes fundamentales. El abandono progresivo de la tesis implica el reconocimiento, quizá inevitable, de la presencia de los poderes del pasado en la configuración del futuro, presencia que se expresa en la tesis de la reforma. Respecto de ésta, el principio democrático implica, según hemos visto, la posibilidad de la reforma total, tanto más factible y necesaria cuanto mayor sea la efectiva participación popular en ella.

La diferencia entre reforma total y proceso constituyente es, por tanto, la continuidad, mínima, o la absoluta falta de continuidad en el orden jurídico-constitucional. El hecho de que hoy en España esa diferencia coincida con la que existe entre una cierta continuidad política y la ruptura de ésta no debe inducirnos a pensar que esto ocurre siempre y necesariamente de este modo. Creerlo así significaría engañarse acerca de la verdadera naturaleza del proceso constituyente y la reforma total. Se trata de expresiones que designan algo que sin duda tiene lugar en el

seno de un amplio fenómeno político, pero que no se refieren a ese fenómeno en su conjunto, sino tan sólo a una parte del mismo. Para caracterizar el fenómeno en su totalidad habría que tener en cuenta otros muchos datos, y se habrían de utilizar otras expresiones. Reforma total y proceso constituyente se refieren tan sólo al plano constitucional, y ya hemos visto antes que éste no coincide plenamente con el político, lo que nos tiene que llevar ahora a pensar que ni la reforma implica siempre continuidad política ni el proceso constituyente implica en todo caso ruptura de ésta. La expresión «ruptura de la continuidad constitucional» indica tan sólo que las anteriores leyes constitucionales quedan derogadas, pero en absoluto significa que esto corresponda siempre a la liquidación del antiguo orden político.

En primer lugar, puede ocurrir que el antiguo orden político ya se haya destruido antes de que se produzca la ruptura de la continuidad en el orden constitucional. Así ocurre, por ejemplo, cuando se abre el proceso constituyente de la II República. En este caso puede decirse que el orden político de la Monarquía se había destruido en los años anteriores, y que el 14 de abril significa más bien la liquidación de sus restos. El mismo fenómeno de ruptura de la continuidad constitucional, sin equivalencia en el orden político, puede darse también con signo contrario, de modo que el cambio político no sea tan profundo como podría hacer pensar el hecho de que asuma la forma de un proceso constituyente. Así ocurre, por supuesto, en aquellos casos en que el proceso constituyente se inicia para constitucionalizar una situación ya existente, pero también en aquellos otros en los que, aún modificándose elementos importantes del orden político, permanecen constantes algunos rasgos básicos del mismo. Así, por ejemplo, el paso de la IV a la V República en Francia, aunque supone la ruptura de la continuidad constitucional y, sin duda,

introduce importantes modificaciones en las instituciones del Estado, es compatible con la pervivencia de los mismos principios básicos y de buena parte de los elementos fundamentales del sistema político. El cambio en este último no es tan profundo como el que se produce en la esfera constitucional.

La diferencia entre el plano constitucional y el plano político obliga a hacer otra precisión, esta vez relativa al carácter democrático de la reforma y del proceso constituyente. Por supuesto, el análisis tiene que partir del principio de que tanto el poder de reforma como el constituyente corresponden al pueblo. Éste es un principio reconocido hoy por prácticamente todas las constituciones, y en este sentido ya no cabe hablar de constituciones otorgadas o de constituciones pactadas. Pero precisamente ese reconocimiento universal nos señala que la tesis del poder constituyente del pueblo es compatible con las constituciones menos democráticas, por ejemplo con las leyes fundamentales españolas, y nos indica que un examen del carácter democrático del proceso constituyente debe dar por supuesto ese principio general y pasar acto seguido al plano en el que puede mostrarse la realidad del mismo: el plano de la organización del proceso, esto es, de los órganos y los procedimientos que le son propios.

Esto es tanto más importante cuanto que aquí se defiende la tesis de la reforma total, es decir, la idea de que la constitución ha de estar a la entera disposición de la voluntad popular, y la invocación de ésta, acompañada de su ausencia real, puede servir para poner la constitución a la entera disposición de los poderes dictatoriales. Antes se decía que la tesis de los límites a la reforma era utilizada como una barrera frente a la progresiva democratización de los poderes del Estado moderno. Ahora hay que señalar que el mismo objetivo antidemocrático se puede perseguir invocando, aunque no convocando, a la voluntad

popular frente a la constitución, o frente a aquellas instituciones estatales que podrían suponer un límite, por ejemplo por estar presentes en ellas los partidos políticos. No hace falta insistir en este posible uso del referéndum. La ley que lo establece en España afirma que su propósito es evitar que «la voluntad de la Nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios».

Bajo ese principio constitucional universalmente reconocido caben los contenidos políticos más diversos, y en este sentido se puede seguir hablando de constituciones otorgadas o de constituciones pactadas, para designar no la fuente jurídica de la constitución, como en el sentido originario de los términos, sino los poderes que efectivamente proceden a elaborarla, o a reformarla.

El concepto de proceso constituyente se refiere, por tanto, al plano constitucional o, para decirlo de modo más preciso, al aspecto jurídico-constitucional de un fenómeno político. Es necesario tenerlo presente para evitar confusiones respecto del fenómeno político como tal. Pero esto no quiere decir que ambos planos no guarden relación alguna. Precisamente por haber insistido tanto en la diferencia, ahora será posible no sólo evitar los errores sino también señalar la relación entre uno y otro aspecto.

2. Fases del proceso constituyente y poderes provisionales.

Aunque la expresión proceso constituyente puede inducir a pensar que se trata del proceso de elaboración de una constitución, lo cierto es que abarca un conjunto más amplio de fenómenos, integrado por todos los que tienen lugar desde que deja de estar vigente la constitución anterior hasta que entra en vigor la nueva. En el supuesto de que previamente no existiese ninguna constitución, el proceso constitu-

yente se iniciaría en el momento en que se manifiesta la voluntad de elaborarla y se inician los preparativos para ese fin. Todo el período que transcurre entre un punto y otro es denominado **período provisional.** La expresión proceso constituyente sólo se le puede aplicar porque en ese período todo se encamina hacia la elaboración de una nueva constitución, pero en realidad la expresión en su sentido estricto designa tan sólo los actos de elaboración de la constitución propiamente dichos, no los actos preparatorios ni toda la actuación política que tiene lugar durante el período. Por otra parte no hace falta insistir en que el proceso constituyente en sentido estricto no tiene la misma duración que el período provisional, o proceso constituyente en sentido amplio, sino que con frecuencia es más reducida.

La expresión **apertura del proceso constituyente** en realidad se refiere a la apertura del período provisional, es decir, es el momento en que cesa la antigua constitución y se abre el período provisional. Es, por citar un ejemplo, el 14 de abril de 1931.

Las formas en que puede tener lugar la apertura son múltiples, imposibles de clasificar aquí, precisamente porque se trata de una pura situación de hecho cuya característica es no responder a ninguna norma contitucional, sino romper toda continuidad en este terreno. Pero interesa señalar que no siempre que la constitución deja de estar vigente de hecho cabe hablar de la apertura de un proceso constituyente. Puede ocurrir que el orden constitucional anterior quede simplemente suspendido o que quede derogado para ser sustituido por una situación de hecho sin norma constitucional y sin intención de elaborarla, como ocurre con ciertos golpes de Estado cuyo objetivo es instaurar un poder no sometido a ningún límite. Para hablar de la apertura de un proceso constituyente es necesario que la cesación del orden anterior vaya acompañada, de modo más o menos inmediato,

de la declaración de que se abre un período provisional destinado a hacer posible la elaboración de una nueva constitución.

En principio hay que suponer que esta ruptura de la continuidad jurídica afecta únicamente a las normas constitucionales, y no a las demás, por ejemplo a las del derecho civil, que son de capital importancia en la configuración del orden social y económico. Así, para la II República el problema de la reforma agraria, no constitucional, era en cierto sentido tan importante como la propia constitución. La amplitud de la derogación nos indica, por tanto, la amplitud de la transformación política que se lleva a cabo, y también la medida en que ésta afecta al plano social. Dado que se presupone vigente todo aquello que no se deroga, la apertura del proceso constituyente suele ir acompañada de una derogación expresa de las leyes que quedan derogadas. Estas leyes pueden no ser sólo la constitución, sino también otras leyes políticas, por ejemplo las de carácter represivo, o las que conceden privilegios a determinados grupos o poderes. En cualquier caso, suelen producirse situaciones confusas en las que es difícil determinar qué leyes siguen vigentes y cuáles han de considerarse derogadas por contradecir las promulgadas en la nueva fase.

El período provisional que se abre al dejar de estar vigente la constitución anterior plantea una serie de cuestiones complejas, derivadas todas ellas de que ese período es una **situación de hecho,** no sometida a leyes constitucionales. Todo lo que en él se haga tiene un valor transitorio, ya que su posterior validez queda condicionada a que la nueva constitución reconozca lo dispuesto en esa época. Pero al mismo tiempo, el período puede ser determinante respecto del contenido real de la nueva constitución.

Este carácter de hecho propio del período constituyente establece una importante diferencia entre

éste y la reforma total porque, mientras que en el primer caso **aún no hay** constitución, en el segundo la constitución que se reforma **sigue vigente** hasta que entra en vigor la nueva. Si se trata del tránsito de una constitución no democrática a otra democrática, la elaboración de esta segunda puede verse dificultada por la vigencia de la anterior y de las instituciones que funcionan bajo su protección. Sin embargo, el poder que preside la reforma puede, si es democrático o tiene voluntad democrática, superar estas dificultades por diversos procedimientos. En primer lugar porque, como veíamos antes, una constitución es siempre más amplia que el orden político real, lo cual amplía las posibilidades de ese poder, y, en segundo lugar, porque siempre cabe la posibilidad de introducir reformas de fondo en aquellos aspectos que están al alcance de los poderes ordinarios del Estado, como son las leyes de asociación, prensa, etc., o simplemente del Gogierno, como ocurre con la propaganda o el tratamiento policial de las fuerzas políticas democráticas. El poder que preside la reforma no puede, por tanto, justificar su falta de democracia alegando que la constitución anterior no es democrática y que se encuentra atado por ella. Aún estando vigente ésta, dispone de múltiples instrumentos para modificar el orden político o alterar su dinámica. Se trata aquí de un supuesto en el que se nos manifiesta nuevamente la importancia de distinguir entre orden constitucional y orden político, sobre todo para desenmascarar aquellos casos en que motivos imputables a este último se revisten con argumentaciones propias del primero.

Durante el período provisional la suprema dirección política queda en manos de los llamados **poderes provisionales.** Esta expresión es más adecuada que la de **gobierno provisional** porque, si bien lo más frecuente es que exista tan sólo este último, no ocurre así en todos los casos. Por ejemplo, en el proceso



El MFA portugués, multiplicación de los poderes provisionales.



Los últimos soldados de la República cruzan los Pirineos.

constituyente abierto en Portugal el 25 de abril de 1974 no hubo solamente un gobierno provisional, sino también una serie de poderes provisionales de otra índole. Además, puede ocurrir que el proceso constituyente implique la reestructuración territorial del Estado, por ejemplo su regionalización o federalización y que, en consecuencia, aparezcan otros gobiernos provisionales correspondientes a las nuevas unidades políticas. Éste ha sido un fenómeno frecuente en España, donde algunos procesos constituyentes de signo revolucionario han ido acompañados de la aparición de una serie de «juntas» locales, verdaderos gobiernos provisionales. También en la II República se produjo en Cataluña un fenómeno similar con la creación de centros de poder propio.

En este punto se manifiesta la importancia de la distinción entre proceso constituyente y reforma total, con la vigencia, en este segundo caso, de la anterior constitución. En realidad sólo cabe hablar de gobiernos provisionales cuando éstos nacen antes de que haya una constitución y unos poderes provisionales para todo el Estado. La expresión gobierno provisional es inadecuada en aquellos supuestos en que se federaliza un Estado no federal, y esto se hace dentro de las normas de la antigua constitución, mediante su reforma total, y también en aquellos casos en que se procede a organizar una región autónoma con arreglo a una constitución ya vigente y por obra de los poderes centrales que esa constitución establece, como ha ocurrido en los últimos años en Italia. Aunque se cree un organismo regional para organizar el proceso, no cabe hablar de provisionalidad, porque no existe ninguna situación transitoria entre el cese del antiguo orden constitucional y la entrada en vigor del nuevo. No hay provisionalidad y, por tanto, no existe tampoco la mayor libertad de movimientos que ésta implica.

Hay auténticos gobiernos provisionales cuando

esos centros de poder nacen al derogarse la constitución del Estado y actúan, por tanto, en la misma situación jurídica que el gobierno provisional de éste. Sus facultades y su campo de actuación estarán determinados tan sólo por el curso que siga la nueva situación. En el caso de que se constituyan como unidades políticas separadas, esto es, independientes, está claro que no hay problema alguno y que vale para ellos lo mismo que para el gobierno provisional en general. Tampoco hay problema si esos gobiernos provisionales desaparecen, sea porque se extinguen inmediatamente, voluntariamente o por la fuerza, sea porque se unifican en un gobierno central, como ha ocurrido en alguna ocasión con las juntas españolas.

El problema se plantea tan sólo en aquellos casos en que se recorre un camino intermedio, el de la federalización o el de la construcción de un sistema de autonomías. Desde ese mismo instante hay una relativa dualidad de poderes, el central y los restantes. Las relaciones políticas entre ellos pueden ser muy diversas, según que el gobierno central esté integrado por representantes de los gobiernos locales, o bien sea un gobierno distinto que puede buscar el entendimiento o enfrentárseles abiertamente. Es evidente que las posibilidades son infinitas y van desde el pacto pacífico hasta la guerra civil. Lo único que se puede afirmar desde el punto de vista constitucional es que, mientras no se llegue a las situaciones de extinción de los gobiernos o de independencia antes señaladas, y sean cuales sean las relaciones políticas reales, los gobiernos provisionales de las diversas unidades políticas, futuras regiones o futuros Estados de la federación, están jurídicamente subordinados al gobierno provisional central por el hecho de seguir perteneciendo al Estado. Lo normal es que se defina un estatuto provisional que delimite las respectivas competencias, frecuentemente como resultado de la negociación. Si lo que se crea es un

sistema de autonomías, el estatuto que se elabore quedará subordinado a la aprobación de la Asamblea Constituyente central. Y si se crea un Estado federal, las constituciones de los Estados miembros tendrán que cumplir los requisitos que establezca la constitución general del Estado, tanto si se elaboran antes como después de la entrada en vigor de ésta. En cualquier caso, importa insistir en que esa subordinación jurídica no significa nada respecto de las relaciones políticas, sino que es una consecuencia que se deriva necesariamente del hecho de seguir formando parte del Estado. El propio gobierno provisional central puede estar integrado por los gobiernos provisionales locales, mediante un sistema de representantes. Estos gobiernos, al someterse al central, no hacen otra cosa que someterse a sus propias decisiones adoptadas colectivamente y en un plano superior.

La característica general del período provisional es que lo que en él se lleva a cabo queda condicionado a la posterior confirmación por la constitución, si bien las disposiciones del gobierno provisional, de los órganos provisionales, tienen momentáneamente plena validez, como si procediesen de un poder normal del Estado. Ahora bien, esta provisionalidad es perfectamente compatible con el hecho de que en realidad la **actuación del gobierno provisional** condiciona fuertemente la acción posterior y la propia elaboración de la constitución. Al margen de la provisionalidad jurídica, el gobierno provisional puede crear situaciones de hecho irreversibles o difícilmente reversibles. En este sentido, su labor es de hecho «constituyente», porque, aunque no tenga fuerza jurídica, es decir, constitucional, condiciona la labor de elaboración de la nueva constitución y la construcción del nuevo orden político. Por ello es frecuente que los gobiernos provisionales, para afianzar la nueva situación y condicionar el desarrollo posterior, pro-

cedan inmediatamente a la adopción de medidas no constitucionales pero políticamente trascendentales. Así, por ejemplo, se ha reprochado al gobierno provisional de la II República no haber procedido a la inmediata reforma agraria por decreto, y haber esperado a que ésta fuera obra del futuro Parlamento, en vez de situarlo frente a hechos consumados.

El terreno en el que la labor del gobierno provisional alcanza una mayor trascendencia es el de la preparación del proceso constituyente en sentido estricto. Esta labor se centra en la preparación de la Asamblea Constituyente, respecto de la cual el gobierno provisional ha de adoptar dos decisiones de capital importancia. La primera de ellas es determinar la fecha en que tendrán lugar las elecciones para la misma, cuestión temporal que puede ser de la máxima importancia política en un período tan fluido. La segunda es la determinación del sistema electoral y la organización de las propias elecciones. No hace falta insistir en que este segundo aspecto puede condicionar la composición política de la Asamblea y, por tanto, su labor futura.

Como nos encontramos en una situación de hecho, es evidente que no existen garantías jurídicas de que el gobierno provisional actúa de manera democrática en esta labor. El problema es, ante todo, un problema político, es decir, que los poderes provisionales tengan una estructura democrática y que en ellos estén presentes las fuerzas políticas. El recuerdo del caso portugués basta para indicar la enorme complejidad que puede tener este aspecto del problema. En cualquier caso, la falta de instituciones firmes que caracteriza al período puede dar lugar a que, si el gobierno o los poderes provisionales no reflejan la verdadera correlación de fuerzas, éstas se expresan a través de una multiplicación de los centros de poder, sea simplemente de hecho, sea mediante la yuxtaposición de diversas instituciones. El período provisional es,

por su propia naturaleza, dinámico, y esa dinámica está determinada ante todo por la correlación de las fuerzas políticas en los diversos momentos del período. Toda indicación de tipo teórico general resulta forzosamente muy limitada.

3. La Asamblea Constituyente y la intervención popular.

La labor de la Asamblea Constituyente es, por supuesto, la de elaborar una constitución. Pero conviene recordar que mientras se lleva a cabo esta elaboración nos encontramos aún en el período provisional y, por tanto, la Asamblea es un nuevo poder que viene a añadirse a los poderes provisionales ya existentes. Esto puede dar lugar a situaciones de conflicto, como las que se produjeron en la Revolución Francesa o en el proceso constituyente de la República alemana al término de la Primera Guerra Mundial. Por ello, en algunas ocasiones se establece que la Asamblea Constituyente se limitará a la elaboración de la constitución y no tendrá poderes durante el período provisional.

Es evidente que, desde un punto de vista democrático, lo lógico sería que la supremacía política correspondiese durante el período provisional a la Asamblea Constituyente elegida por sufragio universal. Desde ese punto de vista la Asamblea, una vez reunida, tendría que pronunciarse acerca de la gestión del gobierno hasta ese momento y tendría que asumir a partir de entonces la dirección política, esto es, el gobierno debería quedar subordinado a ella. Así ocurría, por ejemplo, en el período provisional de la II República. Pero la situación real no coincide necesariamente con la expuesta aquí, y puede llegar a ser la de un enfrentamiento total entre gobierno provisional y Asamblea. Este fenómeno se debe a la propia dinámica del cambio político subyacente al proceso

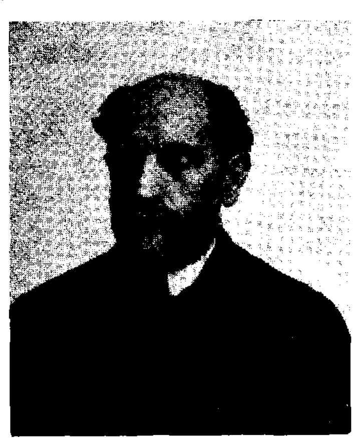
constituyente, y puede llegar a tener una especial gravedad cuando se trata de pasar de una constitución no democrática a otra democrática. En esa dinámica la Asamblea y el Gobierno provisional representan dos aspectos distintos. Este último, no elegido, normalmente estará integrado por las fuerzas dirigentes del cambio, por aquellas que en él tienen y mantienen la iniciativa, mientras que la Asamblea, elegida por sufragio universal, representa normalmente un abanico de fuerzas más amplio, en el que están presentes también aquellas que se oponen al cambio o, al menos, pretenden frenar el ritmo impuesto por los sectores de vanguardia. La situación contraria es también pensable, pero en este supuesto el problema es distinto, porque resulta más fácil someter al gobierno a la dinámica revolucionaria de la Asamblea que proceder a la inversa. En cualquier caso siempre es fácil que se produzca el conflicto entre ambos poderes, lo que implica que, tras la superioridad jurídica de la Asamblea, con frecuencia se desarrolle un proceso en el cual la preminencia de uno u otro poder, o el pacto entre ambos, viene impuesto por factores de hecho. Salvo en el caso de que el gobierno provisional haya amañado por completo las elecciones, el conflicto, de mayor o menor intensidad, resulta siempre inevitable.

La primera cuestión de la que ha de ocuparse la Asamblea Constituyente en su específica función, que es elaborar la constitución, consiste en determinar el **proyecto constitucional** que será objeto de debate. En principio la Asamblea no está obligada a aceptar ningún proyecto preexistente, por ejemplo del gobierno, si bien la correlación de fuerzas políticas a que se acaba de aludir puede traducirse en la aceptación por parte de la Asamblea de un proyecto de este tipo, o de ciertas bases a las que se ajustará su trabajo.

La elaboración del proyecto y la aceptación del mismo presentan ciertas peculiaridades en el caso

de una constitución federal. Desde luego, si se trata de modificar una constitución, ya federal, es evidente que los Estados federados tienen que participar en esta labor, y lo mismo ocurre en aquellos supuestos en los que una confederación se transforma en una federación, como fue el caso de los Estados Unidos al comienzo de su existencia. Por el contrario, si se trata de pasar de la organización unitaria a la federal, esa participación, además de no ser jurídicamente imprescindible, porque aún no existen como entes constitucionales los futuros Estados, dependerá en último término de a quién corresponda la iniciativa real del proceso y del papel efectivo que en él desempeñen las futuras unidades políticas. Así, por ejemplo, la Constitución de la I República, que no llegó a entrar en vigor, elaboró un sistema federal sin participación de los Estados miembros de la futura federación, por la sencilla razón de que tales Estados carecían aún de existencia política. Y lo mismo ocurrió con la Constitución de Weimar, de la I República alemana. En el caso de las constituciones que establecen un sistema de autonomías regionales, el problema es similar. La constitución como tal es un acto del Estado, y la mayor o menor participación de las regiones es una exigencia democrática que sólo se podrá cumplir en la medida en que tales regiones existan ya como entes políticos efectivos. La representación de las mismas, por otra parte, no requiere un sistema especial en todo caso, sino que se puede alcanzar mediante dispositivos especiales introducidos en el sistema general de elección y representación.

Sobre la base del proyecto aceptado como tal por la Asamblea se lleva a cabo su **discusión, votación** y **aprobación** en la misma, en general, según los procedimientos que son habituales en las Asambleas parlamentarias, y a veces con exigencia de requisitos especiales, como una mayoría más amplia que la mitad más uno. Con frecuencia, sin embargo, la Asam-



Nicolás Salmerón (1838-1908), tercer presidente de la I República.



Antonio Cánovas del Castillo. (1828-1897).



1812. Las Cortes de Cádiz.

blea no tiene la última palabra, sino que la aprobación definitiva se somete a un referéndum popular. La intervención popular puede darse también para abrir el proceso, en concreto en el caso de la reforma total, para elaborar el proyecto, mediante diversas formas de participación, y para la posterior aprobación del texto aprobado en la Asamblea.

Aunque la **intervención popular** directa parece una garantía de democracia en el proceso constituyente, tal como se indicaba antes, de una mayor democracia que en el funcionamiento de los poderes ordinarios del Estado, también es cierto que esa intervención presenta uno de los supuestos en los que la manipulación de la opinión pública es más fácil. Porque aquí no se trata tan sólo de los problemas que plantea por sí mismo todo referéndum, es decir, de la libertad de propaganda, del uso que el gobierno haga de los medios a su alcance, etc., sino que, aún resueltos democráticamente estos aspectos del problema, aún garantizada la efectiva libertad de decisión, la cuestión que se somete a consulta resulta siempre extraordinariamente compleja en comparación con la simplicidad de la respuesta posible. El problema es menor en el caso de una reforma parcial que afecte a un solo punto de la constitución, pero en cambio es evidente lo difícil que resulta para el electorado captar la significación de una constitución en su totalidad. Una solución alternativa consiste en que la cuestión sometida a referéndum se limite a los puntos básicos sobre los que se ha de elaborar la futura constitución, como monarquía o república, federalismo, democracia, partidos, etc., esto es, lo que se llama la intervención popular previa, fórmula que tiene la ventaja de que obliga a la asamblea constituyente a adaptarse a los términos básicos de ese esquema.

En cualquier caso, la intervención popular mediante el referéndum sólo tiene pleno sentido democrático, además de la función legitimadora que cum-

ple, si es el colofón de un proceso de intervención popular, directa e indirecta, en todas las fases del proceso y, muy especialmente, en la propia actividad y composición de la Asamblea Constituyente.

El proceso constituyente llega a su fin en el momento en que entra en vigor la nueva constitución. Este momento puede plantear ciertos problemas cuando se trata del tránsito de un régimen a otro, ya que puede coincidir con momentos de inestabilidad política. Por otra parte, una misma constitución permite orientaciones políticas diversas y puede ocurrir que la entrada en vigor de la nueva ley abra posibilidades a fuerzas políticas más o menos disconformes con la orientación segunda durante el período provisional, e incluso dispuestas a invertir en lo posible dicha orientación. Por esta razón, a veces la entrada en vigor va acompañada de una serie de medidas destinadas a prolongar en parte la provisionalidad anterior. Así ocurre cuando se mantienen en vigor ciertas normas dictadas en el período provisional a pesar de que contradigan la nueva constitución, o cuando los poderes provisionales se reservan el derecho a nombrar una parte de los nuevos poderes, incluso en contra del sistema previsto en la constitución. Un caso muy claro de este modo de proceder lo presenta la II República española, en la cual la Asamblea constituyente se declaró a sí misma Asamblea ordinaria para el primer período de vida constitucional, con la intención de evitar que, tras la entrada en vigor de la constitución, las fuerzas adversarias pudieran invertir la orientación de la República.

Este ejemplo enlaza con algo en lo que se ha insistido a lo largo de estas páginas. El orden constitucional no coincide plenamente con el orden político y elaborar una constitución democrática no significa **establecer** ya un orden político democrático. Aquella es el presupuesto legal de éste, pero no basta para establecer ese orden democrático que sólo es posible

mediante una efectiva democratización de todos los planos de la vida política y social.



Don Niceto Alcalá Zamora, durante su discurso en la sesión inaugural de las cortes constituyentes, el 14 de julio de 1931.



CONCLUSIÓN PARA EL CASO ESPAÑOL

La idea central de estas páginas es la de la no coincidencia entre el orden constitucional y el orden político, una no coincidencia que tiene una función política y que, como se indicaba en la última parte, se refleja también en la distancia y al mismo tiempo conexión entre el proceso constituyente y el fenómeno político en cuyo seno tiene lugar. Esta dualidad de planos es fundamental para el caso español. Por una parte la contraposición que se señalaba al principio entre reforma y proceso constituyente ha ido disminuyendo paulatinamente hasta encontrarse en un campo intermedio, el de la futura reforma constitucional. De ahí que se haya insistido en el problema de la reforma total, máxima muestra de la plena disposición democrática sobre la constitución. De otra parte, sin embargo, la aproximación en el terreno constitucional, en el terreno de la fórmula jurídica del cambio político, no evita que tras ella sigan existiendo respecto de este último dos posturas políticas básicas, coincidentes a grandes rasgos con las que en su momento originaron dos fórmulas constitucionales opuestas.

El substrato de la reforma no puede ser otro que el pacto, como lo sería también, aunque con distinto contenido, el de un hipotético proceso constituyente. Pero la cuestión pendiente, a través de la cual se condiciona por completo el resultado, es la amplitud de ese pacto. Cuanto más estrecho sea éste, tanto menor

será la innovación de la reforma, y si en él siguen dominando las fuerzas que lo hicieron bajo las leyes fundamentales, la constitución resultante, a pesar de su nombre, será tan sólo una nueva ley fundamental, como lo fue en último término la constitución canovista. En esa nueva ley fundamental no se contendrá el acto de voluntad democrática fundador de un nuevo orden constitucional y de la posibilidad de un nuevo orden político, no se contendrá el acto fundacional, sino el reconocimiento de los fundamentos que ya son, del orden político que ya existe, por más que resulte ampliado en su nueva formulación. La posibilidad de alternativa inserta en toda constitución existirá también en este caso, pero será tan sólo esa pequeña posibilidad que deriva de la forma jurídica, y no el amplio abanico que se contiene en una constitución democrática. La reforma total de la que aquí se habla como terreno de encuentro de las dos tesis sólo será posible, y sólo generará una auténtica constitución, si no se funda en un pacto restringido, sino en la participación efectiva y libre de todas las fuerzas políticas.